Die
Erteilung der Vollstreckungsklausel
auf Anordnung des Vorsitzenden.

Inaugural-Dissertation

der

Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

E. Falkenstein
Referendar.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903

Litteratur.

Böhm, Erbrecht des BGB., 2. Aufl. Hannover 1899.

Brettner, In der Zeitschrift für Zivilprozeß (Z. f. ZP.) III. S. 329 ff. Berlin 1881.

Bunsen, Die Lehre von der Zwangsvollstreckung. Wismar 1885.

Ewiklewski, In Gruchots Beiträgen (Gruch.) XXV S. 685. Berlin 1887.

David, Die vollstreckbaren Urkunden. Diss. Bonn 1893.

Derselbe, Z. f. ZP. XX S. 415. Berlin 1894.

Dernburg, Das preuß. Privatrecht, 5. Aufl. Halle 1897.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung, I. Aufl. Berlin 1888. II. Aufl. Berlin 1899/1902.

Förster-Eccius, Das preußische Privatrecht, 7. Aufl. Berlin 1896.

Gaupp-Stein, Kommentar zur ZPO., 5. Aufl. Tübingen und Leipzig 1901.

Gelpcke, Z. f. ZP. XVI S. 290 ff. Berlin 1891.

Gmelin, Die Vollstreckbarkeit nach Reichszivilprozeßrecht. Tübingen 1898.

Heckmann, In der Zeitschrift für das Notariat 1886/7 S. 79 ff. Berlin 1886.

Gorius, In der Zeitschrift für das Notariat 1879 S. 273. Berlin 1879.

Heldmann, Z. f. ZP. XXI S. 473 ff. Berlin 1895.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.

Jastrow, Formularbuch des Notariatsrechts, 10., 11., 12. Aufl. 1891, 1899, 1900 Berlin und Leipzig.

Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis. Mannheim 1888.

Derselbe, Über exekutorische Urkunden im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 72 S. 1 ff. Freiburg 1888.

Derselbe, Ungehorsum und Vollstreckungsim ZPO. im Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 80, S. 142 ff. Freiburg 1893.

Levy, M. in Gruch. XXXVI S. 31 ff. Berlin 1892.

Levy, A. in Gruch. XXXXVI S. 329. Berlin 1902.

Neukamp, Kommentar zur ZPO. Göttingen 1900.

Petersen-Anger, Kommentar zur ZPO., 4. Aufl. Lahr 1899/1900.

W. Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 1 Nördlingen 1887, Bd. 2 München 1896.

G. Planck, Kommentar zum BGB. Berlin 1898/1902.

Rintelen, Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. Düsseldorf 1889.

Schmidt, R. Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1898.

Struckmann-Koch, Kommentar zur ZPO., 7. Aufl. Berlin 1900.

Schulze, A., die Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen den Rechtsnachfolger. Breslau 1891.

Schulzenstein, Z. f. ZP. XV. S. 525. Berlin 1891.

Seligsohn, Kommentar zum Patentgesetz, 2. Aufl. Berlin 1901.

Seuffert, L., Kommentar zur ZPO., 8. Auflage. München 1902.

Seuffert, J. E., Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Wach, A., Handbuch des Zivilprozeßrechts in Bindings Syst. Handbuch. Leipzig 1885.

v. Wilmowski, Kommentar zur KO., 5. Aufl. Berlin 1896.

v. Wilmowski-Levy, Kommentar zur ZPO., 7. Aufl. Berlin 1895.

Möller, Z. f. ZP. V. S. 275 ff. Berlin 1882.

Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. Berlin.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.

Entscheidung des Kammergerichts vom 13. Sept. 1889. Z. f. ZP. XIV S. 522 ff. Berlin 1891.

Entscheidung des OLG. Karlsruhe vom 17. März 1893. Z. f. ZP. XXI S. 454 ff. Berlin 1894.

Entscheidung des L. G. Düsseldorf vom 17. Okt. 1884. Not. Zeitschr. 1885. S. 112 ff.

Juristische Wochenschrift. Berlin.

Zeitung der Anwaltskammer im OLG. Bezirk Naumburg a./S.

Zeitschrift für Gerichtsvollzieher. Berlin.

Die Motive zu ZPO.

Disposition.

A. Allgemeiner Teil.

Kapitel I.

§ 1. Begriff, Wesen und Form der Vollstreckungsklausel. S. 9.

Kapitel II.

§ 2. Das für die Erteilung der Vollstreckungsklausel zuständige Organ, S. 11.

a) für Urteile,

§ 3. b) für die anderen vollstreckbaren Titel der ZPO.

Kapitel III.

§ 4. Voraussetzungen der Erteilung der Vollstreckungsklausel. S. 16.

Kapitel IV.

§ 5. Wirkungen der erteilten Vollstreckungsklausel. S. 17.

a) den Vollstreckungsorganen gegenüber,

b) dem Schuldner und dritten gegenüber.

B. Besonderer Teil.

Kapitel I.

§ 6. Entstehungsgeschichte und ratio legis d. § 730. Seite 20.

Kapitel II.

§ 7. Anwendungsgebiet des § 730. S. 23.

Kapitel III.

§ 8. Behandlung der einzelnen Fälle, in denen nur auf Anordnung des Vorsitzenden die Vollstreckungsklausel erteilt werden darf. S. 26.

a) Wenn die Vollstreckung von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer anderen Tatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt. § 726.

§ 9. α) Der Tatsachenbegriff des § 726. S. 29.

§ 10. β) Untersuchuug der Frage, ob der Gesetzgeber im § 726 Abs. eine Vorschrift über die Regelung der Beweislast hat geben wollen. Seite 31.

§ 11. γ) Untersuchung der Frage, ob Schuldtitel welche die sog. Kassatorische Klausel enthalten, unter § 726 Abs. 1 fallen. S. 38.

§ 12. δ) Die Anwendung d. § 726 bei Leistungen Zug um Zug. S. 41.

§ 13. b) Wenn für oder gegen andere als die in dem Schuldtitel bezeichneten Personen vollstreckt werden soll. S. 44.

§§ 727—729, 738, 742, 744, 745, 749, 800.

α) Im Allgemeinen.

§ 14. αα) Eine vollstreckbare Ausfertigung soll für den Rechtsnachfolger ꝛc. erteilt werden. Seite 46.

§ 15 ββ) Eine vollstreckbare Ausfertigung soll gegen den Rechtsnachfolger ꝛc. erteilt werden. S. 48.

β) Im besonderen.

§ 16. αα) Erbgang. S. 51.

§ 17. ββ) Es ist eine Testamentsvollstreckung angeordnet. S. 55.
§ 18. γγ) Im Falle der Nacherbfolge. S. 58.
§ 19. δδ) Andere Arten der Gesamtnachfolge. S. 60.
§ 20. εε) Die Rechtsnachfolge bei den verschiedenen Arten d. ehelichen Gütergemeinschaft. S. 61.
§ 21. ηη) Übernahme und Bestellung eines Nießbrauchs an einem Vermögen. S. 63.
§ 22. ζζ) Im Falle des § 800 ZPO. S. 65.
§ 23. θθ) Im Falle des § 76 ZPO. S. 66.
§ 24. ιι) Im Falle des Konkurses. S. 68.
§ 25. δ) Zusammenfassung.
§ 26. c) Wenn eine weitere vollstreckbare Ausfertigung derselben Partei, ohne daß die zuerst erteilte zurückgegeben wird, erteilt werden soll. § 733. S. 71.

Kapitel IV.

§ 27. Folge der Zuwiderhandlung gegen § 730 Abs. 1 und 3. S. 73.

Kapitel V.

Rechtsbehelfe.

a) Des Gläubigers. S. 74.
§ 28. α) Antrag auf die Entscheidung des Gerichts. § 576.
§ 29. β) Klage aus § 731. S. 77.
§ 30. Fortsetzung: Inhalt der Klage und Einwendungen gegen dieselbe. S. 80.

b) Des Schuldners. S. 82.
§ 31. α) Einwendungen gemäß § 732.
§ 32. β) Klage aus § 768. S. 86.

Allgemeiner Teil.

Kapitel I.

§ 1.

Die Vollstreckungsklausel beurkundet, daß aus einem Schuldtitel die Zwangsvollstreckung formell zulässig sei, und läßt die Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen des materiellen Anspruchs unberührt. Auch wenn kein Anspruch des Gläubigers mehr besteht, weil die Forderung durch Zahlung erloschen oder inzwischen Verjährung eingetreten ist, der Gläubiger aber noch im Besitz des Titels ist, so ist die Vollstreckung formell zulässig und muß deshalb die Vollstreckungsklausel erteilt werden. Dem Schuldner steht in diesem Falle nur die Zwangsvollstreckungsgegenklage aus § 767 zu. Infolgedessen kann der Schuldner auch in dieser Richtung kein Rechtsmittel gegen die Vollstreckungsklausel geltend machen.[1]

Da die Vollstreckungsklausel die unerläßliche Voraussetzung der Zwangsvollstreckung bildet, so ist selbstverständlich jede Vollstreckungshandlung, welche vor erteilter Vollstreckungsklausel vorgenommen wird, nichtig, andererseits folgt aus der öffentlich rechtlichen Natur des

1) Falkmann a. a. O. II. Aufl. S. 115, 143; Kohler 72 S. S. 23; Förster-Eccius, preuß. Priv.-Recht S. 306.

Institutes, daß auch jede Parteiverfügung darüber ausgeschlossen ist:[2] insbesondere ist eine jede Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner dahingehend, daß der Gläubiger berechtigt sein soll ohne Vollstreckungsklausel zu vollstrecken, nichtig.

Die Vollstreckungsklausel ist ferner für jede Art der Vollstreckung erforderlich, sei es daß diese in der Hand des Gerichtsvollziehers liegt, sei es daß sie durch das Vollstreckungsgericht erfolgt, und auch hinsichtlich des letzteren gilt das betreffs des Prüfungsrechts des Gerichtsvollziehers oben Gesagte, da die Bedeutung der Vollstreckungsklausel für alle Vollstreckungsbehörden die gleiche ist.[3] Ebenso ist die Vollstreckungsklausel für alle Arten von Schuldtiteln erforderlich, es sei denn, daß sie ihrem Inhalte nach die Vollstreckungsklausel bereits enthalten, wie dies bei den Vollstreckungsbefehlen, den Arrestbefehlen und einstweiligen Verfügungen der Fall ist. Aber auch bei diesen ist eine Vollstreckungsklausel notwendig,[4] wenn für oder gegen eine andere als die in dem Titel bezeichnete Person vollstreckt werden soll.

Was die Form der Vollstreckungsklausel anbetrifft, so ist diese im § 725 geregelt, wobei der Auffassung beigetreten wird, daß die im § 725 vorgeschriebenen Worte nicht beliebig durch andere ersetzt werden können, weil es sonst nicht zu ersehen wäre, warum die ZPO. die Klausel ihrem Wortlaut nach vorgeschrieben hat.[5]

2) Falkmann a. a. O. II. Aufl. S. 115; Gaupp, Komment. z. Ziv.-Proz. zu § 724; v. Wilmoski-Levy zu § 662 Nr. 1; RGE. v. 27. VII 1891.

3) Falkmann a. a. O.

4) ZPO. § 796, 929, 936.

5) Falkmann a. a. O. S. 112 (II. Aufl.).

Dagegen ist die Klausel nur ihren wesentlichen Teilen nach vorgeschrieben, und in diesen Rahmen können alle für den einzelnen Fall noch erforderlichen Zusätze eingefügt werden.[6] Die Vollstreckungsklausel muß ferner stets auf den Namen derjenigen Parteien, für und gegen welche vollstreckt werden soll, lauten.[7] Eine Zwangsvollstreckung, welche mit Übergehung dieses Gebotes betrieben wird, ist unwirksam, erzeugt also vor allem kein Pfandrecht, da die Bestimmung des § 780 Abs. 1 ein absolutes Gebot enthält.[8]

Kapitel II.

§ 2.

Die Zuständigkeit für die Erteilung der Vollstreckungsklausel ist bei der großen Anzahl vollstreckbarer Titel, welche die CPO. und daneben eine Reihe anderer Reichsgesetze kennen, verschiedenartig geregelt. Hierzu kommt, daß im § 801 ein weitgehender Vorbehalt für die Landesgesetzgebung gemacht ist. Die Landesgesetzgebung kann auch andere Titel, als die in der CPO. angeführten, als für die Zwangsvollstreckung geeignet bezeichnen und bezüglich dieser von der CPO. abweichende Bestimmungen treffen.

Soweit gerichtliche Schuldtitel in Frage kommen, ist bei der Beratung des Gesetzes die Erwägung ausschlaggebend gewesen, daß sich im Interesse einer schnellen Erledigung der Gerichtsschreiber besser als für die

6) s. Mot.
7) ZPO. § 750 Abs. 1.
8) Falkmann a. a. O. II Aufl. S. 158.

Erteilung zuständiges Organ eignen würde, als das Gericht selbst, und in dieser Erwägung ist auch ein Antrag, welcher dahin ging, die Erteilung in allen Fällen von der vorher eingeholten Ermächtigung des Gerichts abhängig zu machen, in der Justizkommission abgelehnt worden.

Sonach ist für die Erteilung der Vollstreckungsklausel bei Urteilen zuständig der Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz. Nur wenn der Rechtsstreit bei einem Gericht höherer Instanz anhängig ist, hat der Gerichtsschreiber dieses Gerichts die Vollstreckungsklausel zu erteilen. Diese Zuständigkeit erlischt in dem Augenblick, in welchem die Prozeßakten gemäß §§ 544, 566 dem Prozeßgericht erster Instanz wieder übersandt sind. Soll die Vollstreckungsklausel zu einem Urteil erteilt werden, welches in höherer Instanz ergangen ist und sind die Akten dem Gericht erster Instanz bereits wieder zugegangen, so hat der Gerichtsschreiber des Gerichts der ersten Instanz dieselbe auf Grund der beglaubigten Abschrift des in der Berufungs- bezw. Revisionsinstanz ergangenen Urteils, welche sich gemäß §§ 544, 566 bei den Akten befinden muß, zu erteilen.[9] Maßgebend für die Zuständigkeit muß der Besitz der Akten sein; denn die Vollstreckungsklausel kann nur auf Grund der Akten erteilt werden. So führt Falkmann, S. 36, aus, daß „anhängig" hier nicht gleichbedeutend mit „rechtshängig" sein kann, sondern nur in dem Sinne aufzufassen ist, als sich die Akten dort in der ordnungsmäßigen Erledigung des Instanzenzuges befinden.

9, Gaupp § 724 Anm. II.

§ 3.

Was die anderen vollstreckbaren Schuldtitel der CPO. betrifft, so bestimmt der § 795, daß die §§ 724 bis 793 auf die Zwangsvollstreckung aus ihnen entsprechende Anwendung finden sollen, soweit nicht die §§ 796—800 abweichende Vorschriften enthalten. Solche sind betreffs der Erteilung der Vollstreckungsklausel für die im § 794 Nr. 4 bezeichneten Vollstreckungsbefehle im § 796 und für die im § 794 Nr. 5 bezeichneten gerichtlichen und notariellen Urkunden im § 797 getroffen. Hiernach bedürfen Vollstreckungsbefehle in der Regel einer Vollstreckungsklausel garnicht; bei gerichtlichen und notariellen Urkunden wird die Klausel von dem Gericht, welches die Urkunde aufgenommen hat, von dem Notar resp. der Behörde, welche die Urkunde verwahrt, erteilt.

Bezüglich der Vergleiche innerhalb eines anhängigen Prozesses ist auf eine Kontroverse einzugehen, welche in der Wissenschaft und Praxis über die Natur der Vergleiche besteht, von denen die ZPO. im § 794 No. 1 spricht. Die eine Ansicht faßt die Vergleiche als selbstständige Schuldtitel, die andere nur als eine Unterart der vollstreckbaren Urkunden auf. — Ist die erste Ansicht richtig, so findet § 795 Anwendung und für die Erteilung der Vollstreckungsklausel ist der Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts zuständig; ist aber die zweite Ansicht die richtige, so findet der § 797 Anwendung, und für die Erteilung der Vollstreckungsklausel ist der Gerichtsschreiber desjenigen Gerichts zuständig, welches die Urkunde aufgenommen hat. Der § 794 Abs. 1 spricht von Vergleichen, welche nach Erhebung der Klage zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten

zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfange nach oder inbetreff eines Teiles des Streitgegenstandes vor einem deutschem Gericht abgeschlossen sind, und Abs. 5 a. a. O. von Urkunden, welche von einem deutschen Gericht oder einem deutschen Notar aufgenommen sind. Wenn es auch keiner Frage unterliegt, daß die gerichtliche Beurkundung eines vor dem Gericht abgeschlossenen Vergleiches eine Urkunde und somit eine gerichtliche Urkunde ist, so ist doch zu untersuchen, ob sie unter den bestimmten Urkundenbegriff des Absatz 5 zu subsummieren sind. Der § 794 stellt die einzelnen Schuldtitel selbstständig nebeneinander. Es wäre nicht logisch, wenn der Gesetzgeber im 1. Absatz eine Unterart der im Absatz 5 genannten Schuldtitel aufzählen würde. Daß der Gesetzgeber auch diese Absicht nicht gehabt hat, geht aus der Entstehungsgeschichte des § 796 hervor. Bereits der Norddeutsche Entwurf hatte die Vergleiche den gerichtlichen Urkunden gegenübergestellt: erstere im § 931, letztere in den § 933 ff. Dieser Unterschied ist auch in die ZPO. übergegangen und findet sich auch im BGB. im § 218, welcher im 2. Satze von „vollstreckbaren Vergleichen oder vollstreckbaren Urkunden" spricht. Eine fernere Belegstelle dafür, daß der Gesetzgeber einen Unterschied zwischen Vergleichen und Urkunden[10] hat machen wollen, ergibt sich auch aus einer Stelle der Motive, S. 420, wo es heißt: „für die Erteilung von vollstreckbaren Ausfertigungen von Urkunden, rücksichtlich deren es an einem Prozeßgericht noch fehlt, ist die Zuständigkeit zu bestimmen." – Es ist hierüber mit Falkmann zu sagen, daß, da es an einem Prozeßgericht für die Vergleiche

10) Falkmann a. a. O. II. Aufl. S. 67.

nicht fehlt, man mit Notwendigkeit unter den Urkunden des § 797 nur diejenigen Schuldtitel verstanden wissen wollte, welche der Absatz 5 des § 794 als Urkunden bezeichnet. Demgegenüber läßt sich einwenden, daß es nicht darauf ankommt, was der Gesetzgeber in das Gesetz hineinlegen wollte, sondern allein darauf, wie uns das fertige Gesetz in seinem Wortlaut vorliegt, daß es gleichgiltig sei, ob das Verhältnis des Absatz 1 zum Absatz 5 logisch richtig oder falsch sei, daß die gerichtlichen Vergleiche gerichtliche Urkunden seien und als solche auch unter Absatz 5 fallen.

Aber gerade der klare Wortlaut des Gesetzes widerspricht dieser Auffassung. Wenn die Vergleiche, was nicht bestritten wird, gerichtliche Urkunden sind, so sind sie als solche, welche im Prozeß als ein Akt der streitigen Gerichtsbarkeit aufgenommen werden, denen gegenübergestellt, welche vom Gericht als ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgenommen werden. Letztere werden im § 794 Abs. 5 technisch als Urkunden bezeichnet, und der § 797 kann nur auf diese Anwendung finden. Der Verfasser tritt hier der Ansicht bei, welche von Gaupp, Anm. zu § 797, Seuffert, Kommentar, v. Wilmowski-Levy, No. 2 zu § 704 alt, Planck II 654 No. 30, Schmidt S. 763, Falkmann, II. Aufl. S. 67 und anderen vertreten wird. Die Gründe, welche die Gegner für die Urkundennatur anführen, sind, wie Falkmann a. a. O. ausführt, lediglich Zweckmäßigkeitsgründe, und besonders die Behauptung, daß, wenn man die Vergleiche nicht unter die Urkunden rechnen wolle, Einwendungen, die vor dem Abschluß des Vergleiches lägen, nach § 767 Abs. 2 nicht

mit der Zwangsvollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden könnten, ist von Falkmann a. a. O. S. 65 No. 28 nach der Ansicht des Verfassers überzeugend widerlegt worden. So auch Gaupp Anm II zu § 795. Die gegnerische Ansicht wird hauptsächlich von Kohler e. A. 72 S. 16, Struckmann-Koch, Nr 1, Hellmann S. 817, Eccius in Gruchot's Beitr. 27 S. 478 und Petersen-Anger No. 1 vertreten.

Es findet nach der von dem Verfasser vertretenen Auffassung auf die gerichtlichen Vergleiche also der § 795, nicht der § 797, Anwendung, und demnach ist für die Erteilung der Vollstreckungsklausel der Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts zuständig.

Scharf zu unterscheiden von den im vorhergehenden behandelten vollstreckbaren Titeln sind diejenigen, in denen nicht ein Anspruch inter partes festgestellt wird, sondern dem Fiskus oder einer anderen öffentlich rechtlichen Korporation ein Anspruch zusteht, wie bezüglich der im strafrechtlichen Verfahren festgesetzten Vermögensstrafen, der Urteile der Ehrengerichte der Anwaltskammern, der Börsenehrengerichte, der Disziplinarkammern u. s. w. Dieser Anspruch ist öffentlich rechtlicher Natur und kann hier nicht behandelt werden.

Kapitel III.

§ 4.

Voraussetzung für die Erteilung der Vollstreckungsklausel ist in allen Fällen, daß die Entscheidung entweder rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Bei Urteilen ist zu diesem Zweck erforderlich, daß

das Urteil verkündet ist. Erst mit der Verkündung gewinnt das Urteil nach außen hin rechtliche Bedeutung.

Es ist ferner erforderlich, daß das Urteil von den Richtern, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, unterschrieben ist, oder daß, im Falle ein Richter verhindert ist zu unterschreiben, dies unter Angabe des Behinderungsgrundes von dem Vorsitzenden und bei dessen Verhinderung von dem ältesten beisitzenden Richter unter dem Urteile bemerkt wird, § 315 Abs. 1. Diese Vorschriften sind wesentlich, und ist eine von ihnen nicht beobachtet, so ist das Urteil kein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel, und die aus ihm etwa betriebene Zwangsvollstreckung ist nichtig. Es soll ferner auf dem Urteil der Tag der Verkündung durch den Gerichtsschreiber bemerkt werden. Dies ist aber nur eine instruktionelle Vorschrift, und das Fehlen des Verkündigungsvermerks hemmt die Zwangsvollstreckung nicht, da es nur darauf ankommt,[11] daß die Verkündung wirklich erfolgt ist.

Kapitel IV.

§ 5.

Die Wirkung der erteilten Vollstreckungsklausel ist die, daß auf Grund derselben die Zwangsvollstreckung erfolgt.[12] Der Gläubiger ist erst jetzt berechtigt, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, wie oben gesagt, ist

11) Falkmann a. a. O. S. 24. RGE. in Gruchot's Bd. XXVII 1118.

12) R. Schmidt, Lehrb. S. 755.

ede vor erteilter Vollstreckungsklausel betriebene Zwangsvollstreckung nichtig. Den Vollstreckungsorganen gegenüber äußert sich die Wirkung der Vollstreckungsklausel darin, daß sie durch Übergabe der mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung verbunden mit dem schriftlichen oder mündlichen Auftrag des Gläubigers zur Vornahme der erforderlichen Vollstreckungshandlungen ermächtigt und verpflichtet werden.[13] Der § 754 konstituiert für den Gerichtsvollzieher eine Legalvollmacht. Er darf außer den erforderlichen Vollstreckungshandlungen die Zahlungen oder sonstigen Leistungen in Empfang nehmen, über den Empfang wirksam quittieren und dem Schuldner, wenn dieser seinen Verbindlichkeiten genügt hat, die vollstreckbare Ausfertigung ausliefern.[14] Eine Beschränkung dieser Befugnisse durch den Gläubiger hat nur Wirkung im Verhältnis zwischen dem Gerichtsvollzieher und diesem,[15] nicht aber dem Schuldner und Dritten gegenüber. Andererseits ist eine Ausdehnung der Befugnisse über den Wortlaut des Gesetzes nicht anzunehmen,[16] namentlich ist der Gerichtsvollzieher nicht zum Erlaß, zum Vergleich und zu sonstigen Rechtsgeschäften befugt. Dem Schuldner und Dritten gegenüber zeigt sich die Wirkung der erteilten Vollstreckungsklausel darin, daß ihnen gegenüber der Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zwangsvollstreckung und der im § 754 bezeichneten Handlungen durch den Besitz der mit der Voll-

13) Schmidt a. a. O. zu § 757.
14) ZPO. § 754.
15) Gaupp, Komment. z. ZPO. Anm. II zu § 754.
16) v. Wilmowski-Levy zu § 675 alt; Gaupp a. a. O. Anm. II zu § 754 Anm. 1; Seuffert a. a. O. zu § 754 Anm. 4.

streckungsklausel versehenen Ausfertigung[17] ermächtigt wird. Für den Schuldner wird hierdurch zweierlei begründet: einmal die Pflicht, sich der Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, andererseits aber auch das Recht, sich durch Zahlung an den Gerichtsvollzieher von seiner Schuld zu befreien. Der Gläubiger kann den Mangel oder die Beschränkung des Auftrages des Gerichtsvollziehers ihm nicht entgegenhalten. Andererseits wird angenommen werden müssen, daß der Schuldner den Mangel oder die Beschränkung des Auftrages auf dem im § 766 bezeichneten Wege wird geltend machen können da § 755 S. 2 ausdrücklich nur von dem Gläubiger spricht.[18]

17) ZPO. § 755.

18) Gaupp a. a. O. Anm. 3 zu § 755. — A. M. Schmid a. a. O. S. 758.

Besonderer Teil.

Kapitel I.

§ 6.

Nachdem im vorhergehenden das Wesen der Vollstreckungsklausel im allgemeinen behandelt worden ist, soll im folgenden die Erteilung der Vollstreckungsklausel im besondern auf Anordnung des Vorsitzenden der Erörterung unterzogen werden.

Hierfür ist in erster Linie der § 730 der ZPO. maßgebend, welcher bestimmt, daß in den Fällen des § 726 Abs. 1 und der §§ 727—729 die vollstreckbare Ausfertigung nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden darf. In § 738 Abs. 1, § 742 Abs. 1, § 744, § 745 Abs. 2, § 749 ist alsdann auf den § 730 verwiesen. Daneben bestimmt die ZPO. im § 733, daß eine weitere vollstreckbare Ausfertigung derselben Partei, sofern nicht die zuerst erteilte Ausfertigung zurückgegeben wird, nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden kann.

Diese Bestimmung des § 730 ist ursprünglich im Entwurf nicht vorgesehen gewesen und erst durch die Reichstagsjustizkommission von 1875 eingeschoben worden. Über diesen Punkt gingen die Meinungen in der Kommission auseinander; während die einen, gemäß dem vorgelegten

Entwurf, dem Gerichtsschreiber in allen Fällen die Erteilung der Vollstreckungsklausel überlassen wollten, besonders um unnötige Verzögerungen zu vermeiden, wollten die Gegner in allen Fällen die Erteilung der Vollstreckungsklausel von der vorher einzuholenden Ermächtigung des Gerichts abhängig machen. Schließlich drang eine Ansicht durch, welche zwischen beiden Extremen die Mitte hielt. Nach dieser sollte in den Fällen, in welchen die Entscheidung über die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel wegen der dabei inbetracht kommenden Rechtsfragen mit Schwierigkeiten verknüpft ist, was besonders der Fall ist, wenn die Vollstreckung vom Eintritt einer Tatsache abhängig gemacht wird, oder die Klausel für oder gegen andere, als die in dem Titel bezeichneten Personen, erteilt werden soll, die Erteilung der Vollstreckungsklausel nur auf Anordnung des Vorsitzenden erfolgen. Den Bedenken derer, welche befürchteten, daß durch diese Bestimmung eine Verzögerung in dem Betriebe der Zwangsvollstreckung eintreten könne, ist insowei Rechnung getragen, als die Anordnung im Interesse der Beschleunigung nicht durch das Gericht, sondern durch den Vorsitzenden zu erteilen ist. So ist die Bestimmung des § 730 lediglich als eine Sicherungsmaßregel gegen Fehlgriffe des Gerichtsschreibers vorgesehen.[19]

Trotzdem ist daran festzuhalten, daß hiermit keineswegs die Bestimmung getroffen wird, daß in solchen Fällen der Vorsitzende, anstatt des Gerichtsschreibers, die Klausel zu erteilen habe. Das für die Erteilung der Zwangsvollstreckungsklausel zuständige Organ bleibt nach wie vor der Gerichtsschreiber: er hat nur vorher die Er-

19) v. Wilmowski-Levy a. a. O. Anm. 1 zu § 666.

mächtigung des Vorsitzenden einzuholen. Hierüber sagt das Reichsgericht:

„Der Vorsitzende ist durch § 666 Abs. 1 ZPO (alt) keineswegs an die Stelle des Gerichtsschreibers gesetzt worden, welcher auch die Vollstreckungsklausel selbständig versagen kann. Vielmehr hat der Gerichtsschreiber, wenn er die Vollstreckungsklausel erteilen will, nur hierzu die Ermächtigung des Vorsitzenden einzuholen. Dessen Anordnung ist aber nicht als eine für die Parteien bestimmte und an diese gerichtete Verfügung anzusehen, sondern lediglich für den Gerichtsschreiber bestimmt, dessen Verhalten sie regelt: sie bildet sonach ein Internum des Gerichts. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Anordnung nicht gemäß § 294 Abs. 2 (alt) zuzustellen, sondern, soweit die Erteilung der Vollstreckungsklausel angeordnet wurde, in dieser zu erwähnen ist.“ [20]

So auch die übereinstimmende Ansicht der Kommentare (v. Wilmowski-Levy § 666, Gaupp-Stein § 370 Seuffert § 730 Anm. 2, Petersen-Anger § 730 Anm. 3, Neukamp, Anm. 2. Jetzt auch Struckmann-Koch entgegen der früheren Aufl. Anm. 3), Falkmann S. 132. — A. M.: Brettner i. Z. f. C. Pr. Bd. III S. 334: er stützt sich auf die Motive, aus denen sich ergäbe, daß an eine Teilung des Prüfungsrechts nicht gedacht sei. Stände aber in diesen Fällen das Prüfungsrecht dem Vorsitzenden allein zu, so ergäbe sich daraus, daß der Gerichtsschreiber die Klausel auch nicht selbständig verweigern dürfe. Die Auffassung ist aber entschieden abzulehnen, wie auch das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung diese Befugnis des Gerichtsschreibers als

20) RGE. Bd. 20 S. 377.

selbstverständlich hinstellt. Es wird im Gegenteil zu sagen sein, daß sich die Prüfung des Vorsitzenden nur auf die besonderen Voraussetzungen der angeführten Paragraphen zu erstrecken hat, während die übrigen Voraussetzungen, wie sonst, vom Gerichtsschreiber zu prüfen sind. Falkmann[21] folgert hieraus, daß der Gerichtsschreiber auch trotz der Anordnung des Vorsitzenden die Vollstreckungsklausel verweigern darf, selbstverständlich nur aus Gründen, die seiner Prüfung unterliegen. Dieses Recht wird ihm im Prinzip auch zugestanden werden müssen, wenn auch der Gerichtsschreiber, bevor er die Ermächtigung des Vorsitzenden einholt, sich darüber klar sein wird, ob er seinerseits die Vollstreckungsklausel erteilen wird und anderenfalls von vornherein die Erteilung verweigern wird.

Kapitel II.

§ 7.

Aber nicht in allen Fällen wird die Vollstreckungsklausel von dem Gerichtsschreiber ertheilt. Nach der Zivilprozeßordnung kommen hier noch die notariellen Urkunden in Betracht, bei welchen gemäß § 797 Abs. 2 der Notar, welcher die Urkunde verwahrt, die Vollstreckungsklausel erteilt. Es fragt sich, ob auch in diesem Falle die Bestimmung des § 730 Anwendung zu finden hat. Der § 795 bestimmt, daß auf die Zwangsvollstreckung aus den im vorstehenden Paragraphen erwähnten Schuldtiteln, wozu auch die notariellen Urkunden gehören, die

21) Falkmann a. a. O. S. 131.

Vorschriften der §§ 724—793 Anwendung finden sollen, soweit sich nicht aus den §§ 796—800 ein anderes ergibt. Letztere aber enthalten bezüglich der Erteilung der Vollstreckungsklausel keine Abweichungen, so daß nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes auch der § 730 auf notarielle Urkunden Anwendung finden müßte. Hierbei ist der Ansicht entgegenzutreten, daß sich aus dem Wortlaut des § 730 selbst seine Unanwendbarkeit auf notarielle Urkunden ergäbe; denn § 730 spreche von der Erteilung auf Anordnung eines Vorsitzenden, für den Notar gäbe es aber keinen Vorsitzenden, da er keinem Gericht unterstellt sei. Der § 797 Abs. 3 bestimmt, daß für die Entscheidungen einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung bei notariellen Urkunden das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Notar seinen Sitz hat, zuständig sei. Es liegt an und für sich kein Grund vor, diese Bestimmung des § 797 Abs. 3 nicht auch analog auf die Fälle anzuwenden, wo gemäß § 730 sonst eine Anordnung des Vorsitzenden erforderlich ist. Wie Jastrow, „Formularbuch des Notariatsrechts", X. Aufl. S. 182 nachweist, zeigt gerade die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, daß man in dieser Beziehung den Gerichtsschreiber und Notar hat gleichstellen wollen. Diese Gleichstellung ist vollkommen begreiflich, solange auch der Gerichtsschreiber nach den Bestimmungen des Entwurfs in allen Fällen, die Vollstreckungsklausel selbstständig zu erteilen hatte: sie zeigt sich auch darin, daß, wo im Falle des § 733 der Gerichtsschreiber bereits nach den Bestimmungen des Entwurfes die Ermächtigung des Vorsitzenden einzuholen hatte, dieselbe Vorschrift auch für den Notar gegeben war und auch in den § 797 Abs. 3

der ZPO. übergegangen ist. Da wurde plötzlich der jetzige § 730 in der Reichstagsjustizkommission eingeschoben, und zwar, ohne daß die Frage, welchen Einfluß diese Änderung auf die Stellung des Notars haben würde, erörtert worden ist. Wenn nun auch die Gründe, welche die Einschiebung des § 730 herbeiführten, erkennen lassen, daß dabei an die Ausdehnung der Vorschrift auf die Notare nicht gedacht war, so ist dem gegenüber nur zu betonen, daß die Gründe, wie sie in den Motiven aufgezeichnet sind, keine Gesetzeskraft haben und die positive Bestimmung des Gesetzes, daß der § 730 auch auf notarielle Urkunden Anwendung zu finden hat, nicht abändern können. Trotzdem hat sich die Praxis durchweg auf den Standpunkt gestellt, daß der § 730 auf notarielle Urkunden nicht anzuwenden sei, daß vielmehr die sonst dem Vorsitzenden obliegende Prüfung hier dem Notar selbst zustehe. So ist für die heutige Rechtslage zu sagen, daß die Vorschrift des § 795 hinsichtlich der Anwendung des § 730 auf notarielle Urkunden gewohnheitsrechtlich derogiert ist, und daß der Notar auch in den Fällen des § 730 selbstständig die Vollstreckungsklausel zu erteilen hat. Die Ansicht der Kommentare ging schon früher dahin, daß § 730 keine Anwendung zu finden habe: v. Wilmowski-Levy mit der Begründung, daß Wortlaut und ratio legis des § 666 (alt) die Anwendung auf notarielle Urkunden ausschließe; Gaupp-Stein, Anm. 2 zu § 797; Struckmann-Koch, Anm. 2 zu § 797; ebenso David S. 60, Falkmann, II. Aufl. S. 132. Auch Jastrow gesteht in der XI. und XII. Aufl. S. 212 dem Notar die selbstständige Erteilung der Vollstreckungsklausel auch in den Fällen des § 730

zu, indem er auf die konstante Entscheidung der Praxis hinweist, ohne seine gegen diese Auffassung in der X. Aufl. geltend gemachten Gründe aufzugeben.

Auch bezüglich der Entscheidungen und Vergleiche der Innungen und Innungsschiedsgerichte und Vergleiche vor dem Gemeindevorsteher wird die Vorschrift des § 730 nicht anwendbar sein, und die Bestimmungen über notarielle Urkunden werden entsprechende Anwendung[22] zu finden haben, während in allen übrigen Fällen, wo die Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Gerichtsschreiber erfolgt, auch wenn es sich um Schuldtitel handelt, die nicht in der ZPO. geregelt sind, wie bezüglich der konkursrechtlichen, der gewerbegerichtlichen, der Kostenfestsetzungsbeschlüsse des Patentamts[23], welche durch den Gerichtsschreiber des zuständigen Amtsgerichts mit der Vollstreckungsklausel versehen werden, der im strafrechtlichen Verfahren erkannten Bußen[24] u. s. w., in den Fällen des § 730 die Erteilung der Vollstreckungsklausel nur auf Anordnung des Vorsitzenden erfolgen darf.

Kapitel III.

§ 8.

Im folgenden ist des näheren auf die einzelnen Fälle einzugehen, in denen die Erteilung der Vollstreckungsklausel nur auf Anordnung des Vorsitzenden erfolgen darf. Hierüber bestimmt § 730 Abs. 1: In den Fällen des § 726 Abs. 1 und der §§ 727—729 darf

22) Falkmann a. a. O. II. Aufl. S. 133.
23) Seligsohn, Kommentar z. Patentges. § 31 Nr. 4.
24) StPrO. § 495.

die vollstreckbare Ausfertigung nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen dem Fall des § 726 Abs. 1 und denen der §§ 727—729, welche zusammengehören, und zu denen noch diejenigen der §§ 738 Abs. 1, 742 Abs. 1, 744, 745 Abs. 2, 749 Abs. 1 treten. Der § 726 Abs. 1 behandelt den Fall, daß „von Urteilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer anderen Tatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt", eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden soll; die §§ 727—729 und die anderen oben zitierten Paragraphen die Fälle, wo die Personen, für oder gegen welche vollstreckt werden soll, sich verändert haben, und ausnahmsweise eine Vollstreckung aus dem alten Schuldtitel nur mit umgestellter Vollstreckungsklausel möglich ist. Dazu tritt der § 733, nach welchem eine Anordnung des Vorsitzenden auch in dem Falle erforderlich ist, wenn eine weitere vollstreckbare Ausfertigung derselben Partei, sofern nicht die zunächst erteilte Ausfertigung zurückgegeben wird, erteilt werden soll.

Diese drei Gruppen sind somit für die folgende Bearbeitung zu unterscheiden.

Da der § 795 den § 726 auch auf die anderen im § 794 Nr. 1 - 5 aufgeführten Schuldtiteln für anwendbar erklärt, ist zunächst zu sagen, daß für unsere Betrachtung nicht nur die Urteile, sondern auch die anderen Schuldtitel in Betracht kommen. Es wird also im allgemeinen von Schuldtiteln zu sprechen sein.

Der § 726 geht davon aus, daß die Vollstreckung eines Schuldtitels von dem Eintritt einer Tatsache ab-

hängt, und daß diese Voraussetzung sich aus dem Inhalte des Titels ergibt. Hierbei spricht das Gesetz von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Tatsache. Im einzelnen wird unten zu erörtern sein, was das Gesetz unter diesen Bestimmungen verstanden wissen will.

Ferner beschränkt das Gesetz das Anwendungsgebiet des § 726 Abs. 1 durch zwei positive Ausnahmen. Die erste ist im § 726 Abs. 1 selbst enthalten. In dem Fall nämlich, in welchem die Vollstreckbarkeit des Schuldtitels von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, wird die Klausel unbedingt von dem Gerichtsschreiber erteilt, und es bedarf auch nicht der Anordnung des Vorsitzenden. Die Zwangsvollstreckung darf aber erst beginnen, wenn die Sicherheitsleistung durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen ist[25] und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

Die Prüfung dieser Erfordernisse liegt selbstständig in der Hand der Vollstreckungsorgane.

Die zweite Ausnahme ergibt sich aus dem § 751 Abs. 1, wenn die Vollstreckbarkeit von dem Eintritt eines bestimmten Kalendertages abhängt, wobei es nicht erforderlich ist, daß der Tag auf ein bestimmtes Datum lautet, sondern genügt, wenn es sich kalendermäßig feststellen läßt.[26] Auch in diesem Falle wird die Vollstreckungsklausel von dem Gerichtsschreiber sofort und ohne Anordnung des Vorsitzenden erteilt. Abgesehen hiervon ist aber das Anwendungsgebiet des § 726 Abs. 1

25) ZPO. § 751 Abs. 2.
26) Falkmann a. a. O. S. 127. Motive S. 405.

außerordentlich bestritten. Die Meinungen gehen darüber auseinander, was unter dem Begriff der Tatsache im Sinne des Paragraphen zu verstehen ist, ob dahin nur der Eintritt eines Ereignisses oder auch der Nichteintritt zu rechnen ist, besonders aber darüber, ob mit den Worten des Gesetzes: „von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Tatsache für alle diese Fälle die Beweislast geregelt sein soll, so daß dem Gläubiger in allen Fällen, wo die Vollstreckbarkeit des Schuldtitels von dem Eintritt einer Tatsache abhängt, die Beweislast obliegt, oder ob der Paragraph nur auf die Fälle Anwendung zu finden habe, wo nach allgemeinen Regeln der Gläubiger den Eintritt einer Tatsache zu beweisen habe.

§ 9.

Was zunächst die Frage anbetrifft, was der Gesetzgeber unter den Tatsachen des § 726 Abs. 1 versteht, so ist darüber zu sagen, daß es gleichgiltig ist, ob die Tatsache in dem Eintrit oder dem Nichteintritt eines Ereignisses besteht.[27] Daß auch der Nichteintritt eines Ereignisses juristisch als eine Tatsache aufzufassen ist, wird fast allgemein anerkanut.

Eine andere Ansicht wird von Gelpcke Z. f. d. Z. Pr. Bd. XVI S. 295 vertreten: es sei unlogisch, von einer negativen Tatsache zu sprechen; eine negative Tatsache sei eben keine Tatsache. Demgegenüber wird mit Falkmann unbedingt der herrschenden Ansicht beizupflichten sein, daß es dem Begriffe nach eine Tat-

27) Falkmann a. a. O. II. Aufl. S. 120.

sache sei: sowohl, daß ein Rechtsakt vorgenommen, als, daß er nicht vorgenommen sei.«

Eine andere Frage, welche von Levy in Gruchots Beitr. XXXVI S. 36 ff. erörtert wird, ist die, ob, wenn der Schuldner in dem Schuldtitel zu einer Prinzipalleistung und daneben für den Fall der Nichtbeitreibung zu einer Eventualleistung verurteilt ist, die Nichtbeitreibung eine Tatsache ist, welche in den Rahmen des § 726 Abs. 1 fällt. Angenommen, sie fiele unter diesen Paragraphen, so könnte sich der Gläubiger zwar unbedingt die Vollstreckungsklausel auf die Prinzipalleistung erteilen lassen; wenn diese aber nicht beizutreiben wäre, hätte er die Nichtbeitreibung durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachzuweisen, und erst dann könnte auf Anordnung des Vorsitzenden eine neue Vollstreckungsklausel auf die Eventualleistung erteilt werden. Demgegenüber ist einzuwenden, die Verurteilung des Schuldners lautet nicht auf zweierlei, sondern nur auf die Prinzipalleistung. An Stelle dieser tritt nun eintretendenfalls die Eventualleistung. Es ist infolgedessen nur eine Vollstreckungsklausel notwendig, welche auf die Prinzipalleistung in Verbindung mit der Eventualleistung lautet. So hat denn auch die Praxis diese Fälle nicht unter den § 726 Abs. 1 subsummiert. Levy weist aus der Entstehungsgeschichte des § 726 nach, daß unter „Tatsachen" nicht solche zu verstehen sind,[28] welche sich erst innerhalb der Zwangsvollstreckung selbst ergeben und sich vor den Augen der Vollstreckungsorgane abspielen. Er fährt dann fort: „Hiernach wird man mit der bisherigen Praxis bei Erteilung der Vollstreckungs-

28) Levy a. a. O. in Gruchots Beitr. Bd. XXXVI S. 39.

klausel die §§ 664 667 ZPO. (alt) auch den Fall der Verbindung einer Prinzipal- und Eventualleistung im vollstreckbaren Schuldtitel nicht anwenden können, vielmehr die Prüfung der Frage nach der Vollstreckbarkeit der Eventualleistung den Vollstreckungsorganen überlassen müssen, welche dabei lediglich auf die allgemeinen Vorschriften der ZPO. über die Beweiswürdigung angewiesen sind, unbeschadet der Befugnis des Schuldners, gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung nach § 685 bezw. § 686 (alt) Einwendungen zu erheben." Dieser Ansicht wird unbedingt beizupflichten sein. Sie wird auch von den Kommentaren vertreten v. Wilmowski-Levy Anm. 1 zu § 664 (alt), Seuffert Anm. 1 zu § 726, Gupp, Anm. 2 zu § 726, Struckmann-Koch, Anm. 3 zu § 751; a. M.: Falkmann, S. 106.

Das Gesetz verlangt, daß der Schuldtitel seinem Inhalte nach die Vollstreckbarkeit von dem Eintritt einer Tatsache abhängig macht. Unter dem Inhalt des Schuldtitels ist der Tenor zu verstehen, da Tatbestand und Gründe an der Rechtskraft nicht teilnehmen.

§ 10

Um das Anwendungsgebiet des § 726 Abs. 1 festzustellen, ist alsdann die außerordentlich wichtige und sehr bestrittene Frage zu erörtern, ob das Gesetz, wenn es „von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Tatsache spricht, hiermit eine besondere Vorschrift über die Verteilung der Beweislast hat treffen wollen.

Diese Ansicht wird u. a. von Förster-Eccius § 107 Nr. 29, Falkmann, 2. Aufl. S. 121, Neukamp, § 726 Anm. 2 d β und vom Kammergericht in den Entscheidungen vom 13. Sept. 1889, Jahrb. f. d. ZPr. XV. S. 522 — die andere von Gaupp-Stein zu 726 Anmerkung 2 Abs. 1, Seuffert, Anm. 1c, Wilmowski-Levy § 664 (alt) Anm. 2, Struckmann-Koch § 726 Anm. 2, Petersen-Anger § 726 Anm. 3, Kohler c. A. 80. 184, Heckmann, Ztschr. f. d. Not. 1886/87 S. 80 ff., David S. 60 ff., Levy in Gruchots Beitr. Bd. XXXVI S. 39, Gelpcke, Ztschr. für die ZPr. XVI S. 293 vertreten.

Der Wortlaut des § 726 läßt beide Auffassungen zu. Die Vertreter der ersten Ansicht berufen sich hauptsächlich auf die Entstehungsgeschichte des Paragraphen. Dieselbe ist folgende (cfr. Levy in Gruchots Beitr. Bd XXXVI S 36 ff.); die Grundlage für den heutigen § 726 lieferte der § 528 der hannoverschen Prozeßordnung, wo es heißt: „bei bedingten und betagten Forderungen muß der Eintritt der Bedingung oder der Ablauf der Zeit aus öffentlichen Urkunden erhellen, sobald ein abgesonderter Beweis hierüber erforderlich wird." Die Fassung im hannoverschen Entwurf (II. Lesung) lautete dann im § 651 folgendermaßen: „Vollstreckbare Ausfertigungen dürfen nur dann erteilt werden, wenn 1. . . . . , 2. in den Fällen, in welchen die Vollstreckung durch den Eintritt einer Tatsache oder eines kalendermäßig nicht feststehenden Tages bedingt ist, der Nachweis des erfolgten Eintritts, soweit er dem Gläubiger obliegt, von diesem durch öffentliche Urkunden geliefert wird." Aus beiden Bestimmungen

geht klar hervor, daß eine Vorschrift über die Verteilung der Beweislast nicht getroffen werden sollte, sondern nur, soweit dem Gläubiger der Beweis obliege, muß derselbe durch öffentliche Urkunden geführt werden. — Bei der Beratung des Norddeutschen Entwurfes wurde nun folgende Fassung in Vorschlag gebracht:

„Ist die Vollstreckung nach dem Urteile von dem Eintritt einer Tatsache abhängig, so hat der Gläubiger durch öffentliche Urkunden den Nachweis zu führen, daß die Tatsache eingetreten ist." Diese Form, welche von der Kommission angenommen wurde, zeigt deutlich, daß eine Verschiebung der Beweislast zu Ungunsten des Gläubigers beabsichtigt war, indem man dem Gläubiger in allen Fällen, wo die Vollstreckung von dem Eintritt einer Tatsache abhängig sei, den Beweis dieses Eintritts auferlegte.

Der Paragraph ist aber nicht in dieser Form in in den Entwurf selbst übergegangen, sondern die Redaktionskommission schlug folgende Fassung vor: Von Urteilen, deren Vollstreckung nach Inhalt derselben von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Tatsache abhängt, darf eine vollstreckbare Ausfertigung nur dann erteilt werden, wenn durch öffentliche Urkunden der Nachweis geführt wird, daß die Tatsache eingetreten ist." In dieser Fassung erscheint der Paragraph im Nordd. Entwurfe. Der Grund dieser Abweichung ist aus den Protokollen nicht ersichtlich, und hieraus folgerten die Vertreter der oben bezeichneten ersten Ansicht, daß es sich überhaupt nicht um eine materielle Abweichung, sondern nur um eine redaktionelle Änderung handle.

Diese Ansicht entbehrt m. E. der Begründung, indem sich die Bestimmung des neuen Entwurfs ebensowohl als eine Wiederherstellung des hannoverschen Entwurfes auffassen läßt. Wenn hiergegen eingewendet wird, daß diese Wiederherstellung in Abweichung von der in der ersten Kommission angenommenen Fassung hätte begründet werden müssen, so ist dem entgegenzuhalten, daß auch die Abweichung des ersten Kommissionsbeschlusses vom hannoverschen Entwurfe in den Protokollen nicht begründet ist; ja, es ist überhaupt zweifelhaft, ob diese Abweichung überhaupt bemerkt worden ist.[29] Daher ist es ebensogut möglich, daß die Redaktions-Kommission, als der materielle Unterschied zwischen dem hannoverschen Entwurfe und dem ersten Kommissionsbeschluß bemerkt wurde, ersteren hat wiederherstellen oder nur eine redaktionelle Änderung des Wortlautes hat vornehmen wollen. Gegen letztere Ansicht spricht auch die Tatsache, daß die Fassung des ersten Kommissionsbeschlusses entschieden kürzer und klarer ist, und einer redaktionellen Änderung garnicht bedurft hätte. In der Fassung des § 904 des Nordd. Entwurfs ist die Bestimmung alsdann mit nur unwesentlichen Änderungen in den Justizministerialentwurf von 1871, in den Entwurf von 1872 und in den § 614 des Bundesratsentwurfs übergegangen, aus welchem sie wörtlich in den § 664 der CPO. übernommen ist und durch die Novelle von 1898 nur dahin geändert wurde, daß der Beweis nicht allein durch öffentliche, sondern auch durch öffentliche beglaubigte Urkunden geführt werden kann. Die Entstehungsgeschichte des § 726 beweist also für die

29) Gelpcke a. a. O. S. 294.

Auffassung der Vertreter der ersten Ansicht nichts. Sie stützen sich aber daneben auch auf den Zweck des Gesetzes. Dieser besteht darin, dem Vorsitzenden die materielle Prüfung in allen diesen Fällen zu übertragen, da sonst dem Gerichtsschreiber die Prüfung der für den Richter oft schwierigen Frage nach der Beweislast obliege,[30] und je nachdem er diese dem Gläubiger oder dem Schuldner zuerteile, er die Entscheidung des Vorsitzenden einzuholen habe oder selbständig die Klausel erteile. Angenommen, das Gesetz bezweckte wirklich, dem Vorsitzenden die ganze materielle Prüfung zu übertragen, was bezweckt dann das Gesetz wieder mit dieser Bestimmung? Es ist wohl unbestritten, daß diese Vorschrift eine Schutzmaßregel für den Schuldner sein soll. Je größer aber der Vorteil des Schuldners ist, desto größer ist auch der Nachteil des Gläubigers. Es wird also die Frage entstehen: rechtfertigt es sich, dem Schuldner diesen Schutz sowohl in den Fällen, wo die Vollstreckbarkeit von einer Tatsache abhängt, die nach materiellen Recht der Gläubiger zu beweisen hat, zu teil werden zu lassen und in demselben Maße in den Fällen, wo die Vollstreckung von dem Nichteintritt eines Ereignisses abhängt, dessen Eintritt der Schuldner nach materiellem Recht nachzuweisen hätte, um die Vollstreckung abzuwenden.

Daß der Schuldner im ersten Fall eines erhöhten Schutzes bedarf, liegt auf der Hand; denn hier entsteht das Recht des Gläubigers auf Vollstreckung erst in dem Augenblick, wo die Tatsache, deren Eintritt der Gläubiger zu beweisen hat, eingetreten ist; das Recht

30) Falkmann a. a. O. S. 122.

des Gläubigers ist suspensiv bedingt. — Ganz anders im zweiten Falle: Das Recht des Gläubigers besteht von Anfang an bis zu dem Augenblick, wo die Tatsache, deren Eintritt der Schuldner zu beweisen hat, eingetreten ist. Das Recht des Gläubigers ist resolutiv bedingt. Während im ersten Fall eine Zwangsvollstreckung vor dem Eintritt des Ereignisses ohne rechtliche Grundlage wäre, weil überhaupt noch kein Recht des Gläubigers besteht, würde im zweiten Falle eine Zwangsvollstreckung rechtliche Grundlage in dem Rechte des Gläubigers haben. Hieraus ergiebt sich, daß im ersten Falle ein Schutz des Schuldners gegen eine Zwangsvollstreckung durchaus erforderlich ist, während ein solcher im zweiten Fall nicht gerechtfertigt erscheint. Es würde eine unbillige Benachteiligung des Gläubigers sein, wollte man ihn hindern, sein Recht auszuüben. Wollte man aber auch in diesem Fall dem Schuldner den Schutz des § 726 gewähren, wäre es da nicht inkonsequent, dem Gläubiger in allen Fällen, wenn der Schuldtitel unbedingt ist, die Vollstreckungsklausel zu erteilen, auch wenn ein materieller Anspruch nicht mehr besteht? Bedarf nicht der Schuldner in letzterem Fall eines viel größeren Schutzes, als da wo ein solcher Anspruch besteht? Und dabei verweist das Gesetz den Schuldner in dem erwähnten Fall auf den Weg der Zwangsvollstreckungsgegenklage, sollte dies nicht auch in unserem Falle durchaus genügen? Es ist m. E. somit als festgestellt anzusehen, daß auch aus dem Zweck des § 726 die Richtigkeit der ersten Ansicht nicht zu folgern ist; im Gegenteil spricht der Zweck des Gesetzes für die zweite Auffassung. Die Regelung der Verteilung der Beweis-

last unterliegt dem materiellen Recht. Hätte die CPO. im § 726 eine materiell-rechtliche, besondere Vorschrift treffen wollen, so ist mit David zu sagen, „daß eine in das materielle Recht so tief einschneidende Änderung, wie die Verschiebung der Beweislast, in der CPO. hätte ausdrücklich angeordnet sein müssen." Falkmann sucht diesen Grund zu widerlegen, indem er darauf hinweist, daß die Regelung der Beweislast nicht eine allgemeine ist, sondern nur lediglich zu einem einzelnen prozessualen Zwecke, der Erlangung einer vollstreckbaren Ausfertigung auf einfachen Antrag erfolgt sei. Es darf aber nicht übersehen werden, daß dieser „einzelne prozessuale Zweck" der Hauptzweck des ganzen Prozesses ist. Selbst wenn aber der Einwand Falkmann's richtig wäre, so wäre es doch nicht zu ersehen, warum das Gesetz diese einschneidende Bestimmung — denn daß dieselbe, wenn sie auch nur für einen einzelnen prozessualen Zweck gegeben ist, einschneidend bleibt, wird nicht bestritten werden können — im Nebensatze zu Ausdrucke gebracht hat. Es wäre vielmehr allein richtig gewesen, sie in den Hauptsatz zu stellen.

Ein weiterer Grund, der für die zweite Ansicht Ansicht spricht, ist der, welchen Kohler[31] anführt, daß der Beweis einer Negative für den Gläubiger außerordentlich schwierig ist und kaum urkundlich wird erbracht werden können. In allen diesen Fällen wäre aber dann die Bestimmung des § 726 Abs. 1 für den Gläubiger illusorisch, er wäre vielmehr immer auf die Klage aus § § 731 angewiesen. Wenn Falkmann a. a. O.

31) c. A. 80 S. 186.

diesen Grund als unstichhaltig bezeichnet, so ist er damit nicht widerlegt.

Es wird somit nach dem Ausgeführten zu sagen sein, daß der § 726 eine grundsätzliche Regelung der Beweislast nicht treffen will, daß vielmehr nur in den Fällen, wo die Vollstreckung des Schuldtitels von dem Eintritt einer Tatsache abhängig ist, den nach materiellen Recht der Gläubiger zu beweisen hat, der § 726 Anwendung finde. In diesem Falle darf die Vollstreckungsklausel erst dann auf den Titel gesetzt werden, wenn der erforderliche Nachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird, und die Einholung der Anordnung des Vorsitzenden ist nodwendig.

§ 11.

Im Anschluß hieran soll mit einigen Worten die Frage erörtert werden, ob Schuldtitel, welche die sog. kassatorische Klausel enthalten, unter den § 726 Abs. 1 fallen. Ein Urteil oder ein anderer Schuldtitel lautet dahin, daß der Schuldner an bestimmten Terminen bestimmte Ratenzahlungen oder Zinszahlungen zu machen habe, daß aber, wenn ein Termin nicht innegehalten wird, alle Raten bezw. das Kapital ohne Kündigung sofort fällig werde. Diese Verfallsklausel ist besonders häufig bei exekutorischen Urkunden. Praktisch ist die Frage hierbei die: kann sich der Gläubiger sofort die Vollstreckungsklausel erteilen lassen, oder muß er warten, bis der Schuldner den Termin nicht eingehalten hat, diese Tatsache der Nichtzahlung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachweisen, und kann er

sich dann erst die Vollstreckungsklausel erteilen lassen, wozu außerdem noch die Anordnung des Vorsitzenden eingeholt werden muß. Diese Frage ist nach den oben ausgeführten Grundsätzen zu beantworten. Es ist zunächst festzustellen, ob die Nichtzahlung der Zinsen eine Tatsache ist, von welcher der Schuldtitel dem Inhalte nach seine Vollstreckung abhängig macht. Dies ist unbedenklich zu bejahen. Dann ist ferner zu prüfen, ob diese Tatsache der Nichtzahlung eine solche ist, welche von dem Gläubiger zu beweisen ist. Wird hierbei von der hier vertretenen Ansicht ausgegangen, daß der Gläubiger nur dann beweispflichtig ist, wenn er auch nach materiellem Rechte den Beweis zu führen hatte, so ist diese Frage zu verneinen:[32] „denn die Pflicht des Schuldners zur pünktlichen Zinszahlung ergab sich aus dem Vertrage selbst. Der Gläubiger bedurfte, um diese Leistung fordern zu können, keines weiteren Beweises als des Vertragsschlusses; und wenn dabei an die Nichterfüllung der einen Leistung die Verpflichtung des Schuldners zu einer ferneren Leistung geknüpft war, so enthielt der Anspruch des Gläubigers auf die eine Leistung für den Fall seiner Nichtbefriedigung vertraglich den weiteren Anspruch auf die fernere Leistung in sich, und der Gläubiger brauchte folgeweise nur den ersten geltend zu machen, nicht aber noch dessen Nichterfüllung nachzuweisen. Sache des Schuldners ist es, die Erfüllung seiner Vertragspflicht, also die pünktliche Zinszahlung nachzuweisen, um den Verfall der Schuldsumme und deren zwangsweise Einziehung von sich abzuwenden.

32) Landger. Düsseldorf v. 17. X. 1884. — Zeitschr. f. d. Not. Jhg. 1885 S. 112.

Die Nichtzahlung war mithin zwar eine Tatsache, welche die Vollstreckung hinsichtlich des Kapitals bedingte; aber sie war keine solche, welche der Gläubiger zu beweisen brauchte, und lediglich diese müssen nach § 664 (alt) vor Erteilung der Vollstreckungsklausel durch öffentliche Urkunden dargethan werden." Noch weiter sogar geht Kohler c. A. 80 S. 185, wo er sagt, daß diese Verpflichtung gar keine bedingte, sondern eine einfache sei. Die Bedingung der Nichtzahlung der Zinsen sei nur eine Unterstellung der Zinspflicht selbst. Die gewöhnliche Urkunde besage: sei bis dato der Zins nicht bezahlt, so könne die Vollstreckung wegen der Zinsen stattfinden; die Urkunde mit Verfallsklausel sage: sei bis dato der Zins nicht bezahlt, so könne die Vollstreckung wegen des Kapitals wie wegen der Zinsen stattfinden. Es ist demnach zu sagen, daß die Schuldtitel mit der Verfallsklausel nicht unter den § 726 Abs. 1 fallen, daß mithin bei ihnen die Vollstreckungsklausel sofort und ohne Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden kann. So die übereinstimmende Ansicht der Kommentare: Kohler, a. a. O.; Heckmann; Oberlandesger.-Präsident zu Naumburg a. S. Zt. 1893 S. 65. — A. M.: Förster-Eccius, Falkmann S. 123, Kammergerichts-Entsch. vom 13. IX. 1889, Zeitschr. für d. CT. Bd. XV S. 522, Schultzenstein Das. S. 525, David S. 65, teils, weil sie in der Bestimmung des § 726 eine Verschiebung der Beweislast sehen, teils, weil sie nach materiellem Recht den Gläubiger für beweispflichtig halten. Daß bei der kassatorischen Klausel nicht der Gläubiger den Nichteintritt, sondern der Schuldner den Eintritt des

Ereignisses nach materiellem Recht zu beweisen hat, ist heute die herrschende Ansicht[33] und auch im BGB. § 358 anerkannt. — Die Praxis geht dieser Streitfrage größtenteils dadurch aus dem Wege, daß in die exekutorische Urkunde, mit der Verfallsklausel, die besondere Klausel aufgenommen wird, daß der Schuldner den Notar ermächtigt, dem Gläubiger auf seinen einfachen Antrag die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen, ohne daß es eines Nachweises des Eintrittes der Fälligkeitsvoraussetzungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden bedarf.

§ 12.

Bestritten war ferner bisher, ob unter diesen Paragraphen auch diejenigen Schuldtitel fallen, aus denen der Schuldner zur Leistung Zug um Zug verpflichtet ist. Daß der § 664 (alt) hier keine Anwendung zu finden habe, war bereits vor der Novelle die herrschende, auch vom RG. vertretene Ansicht; v. Wilmowski-Levy begründen dies damit, daß die Anwendung des § 664 (alt) den Gläubiger gegen seine materiell rechtlichen Befugnisse und gegen die Absicht und den Inhalt des § 664 (alt) zur Vorleistung zwingen würde, auf die Gefahr hin, daß die Leistung nicht erfolgen wird, und die Gegenleistung nicht zurückgefordert werden kann.

Dieser Ansicht ist die Novelle im Absatz 2 des § 726 beigetreten; die Begründung sagt hierzu, daß, wenn das Interesse des Gläubigers vollständig gewahrt

33) RGE. v. 13. VII 1887; Förster-Eccius 276 Nr. 12; Dernburg, Pand. Bd. I S. 279 Nr. 8; Falkmann a. a. O. S. 12 Nr. 6.

werden soll, er in der Lage bleiben muß, seine Gegenleistung bis zur Leistung des Schuldners in der Hand zu behalten und demgemäß den Schuldner noch dadurch in Verzug der Annahme zu setzen, daß er ihm die Gegenleistung erst bei Beginn der Vollstreckung anbietet.

Die ZPO. trifft in den §§ 756, 765 für diese Fälle noch die besonderen Vorschriften, daß, wenn die Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher erfolgt, diese nicht eher beginnen darf, als bis der Gerichtsvollzieher dem Schuldner die diesem zu liefernde Leistung in einer den Verzug der Annahme begründenden Weise angeboten hat, sofern nicht der Beweis, daß der Schuldner befriedigt oder im Verzuge der Annahme ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird, und eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.[34] Erfolgt die Vollstreckung aber durch das Gericht, so ist ein vorheriges Angebot der Gegenleistung durch dieses ausgeschlossen, und die Vollstreckung darf überhaupt erst erfolgen, wenn der Beweis, daß der Schuldner befriedigt oder im Verzuge der Annahme ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird, und eine Abschrift dieser Urkunden zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Dieser Beweis ist natürlich überflüssig, wenn sich der Annahmeverzug des Schuldners bereits aus dem Schuldtitel ergibt. In den Fällen also, wo der Schuldner zu einer Leistung Zug um Zug verurteilt ist, kann sich der Gläubiger die Vollstreckungsklausel sofort und ohne Anordnung des Vorsitzenden erteilen lassen. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, daß die dem Schuldner

34) § 756 ZPO.

Zug um Zug obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht. Diese Schutzmaßregel erscheint durchaus gerechtfertigt, da kraft einer fictio legis die dem Schuldner obliegende Leistung als bewirkt gilt, wenn eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist, und infolgedessen die anderen Schutzvorschriften der §§ 756, 765 hier zessieren.

So hat denn das Gesetz bestimmt, daß in einem solchen Falle die vollstreckbare Ausfertigung erst erteilt werden darf, wenn der Beweis, daß der Schuldner befriedigt oder im Verzuge der Annahme ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erbracht wird. In diesem Falle ist auch die Anordnung des Vorsitzenden vor der Erteilung der Vollstreckungsklausel einzuholen.

Anders, wie bei Leistungen Zug um Zug, steht es, wenn die Vollstreckung davon abhängt, daß der Gläubiger seinerseits vorher zu leisten hat. Hier entsteht sein Recht auf Leistung des Schuldners erst, nachdem er die Vorleistung bewirkt hat. Die Vorleistung ist eine Tatsache, von welcher der Schuldtitel seinem Inhalte nach die Vollstreckung abhängig macht, und der Eintritt dieser Tatsache ist von dem Gläubiger zu beweisen. Hier findet also der § 726 Abs. 1 Anwendung: Die Vollstreckungsklausel darf erst erteilt werden, wenn die Tatsache der Vorleistung durch öffentliche oder öffentliche beglaubigte Urkunden bewiesen wird und nur auf Anordnung des Vorsitzenden. Der Beweis muß durch öffentlichn oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt werden. Ist dies nicht möglich, so muß gemäß § 731 auf Erteilung der Vollstreckungsklausel geklagt werden. Dem Gläubiger steht deshalb die Befugnis zu, wenn er zum Zwecke der

Zwangsvollstreckung eines Erbscheines oder einer anderen Urkunde bedarf, die dem Schuldner auf Antrag von einer Behörde, einem Beamten oder einem Notar zu erteilen ist, die Erteilung an Stelle des Schuldners zu verlangen (§ 792). — Nach bisherigem Recht konnte der Beweis nur durch öffentliche Urkunden geführt werden. Zu diesen gehörten nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts[35] öffentlich nur beglaubigte Urkunden nicht. A. M.: Wilmowski-Levi 664 Anm. 2, welche annehmen, daß auch öffentlich beglaubigte Urkunden genügen, da das Beglaubigungsattest eine öffentliche Urkunde sei, durch welche der Beweis nach § 664 geführt werden könne. Auf Grund eines Beschlusses der Reichstagskommission hat die Novelle nunmehr auf öffentlich beglaubigte Urkunden aus Zweckmäßigkeitsgründen im Interesse der Kostenersparnis für ausreichend erklärt.

§ 13.

Nachdem im vorhergehenden die erste Gruppe aller derjenigen Fälle, bei denen die Erteilung der Vollstreckungsklausel von der vorher eingeholten Anordnung des Vorsitzenden abhängig ist, behandelt wurde, soll im folgenden auf die zweite Gruppe dieser Fälle eingegangen werden: es sind alle diejenigen, in denen die Vollstreckungsklausel für oder gegen eine andere als die in dem Schuldtitel bezeichnete Person erteilt werden soll. Während im allgemeinen im Zivilprozeß nur über Recht zwischen den

35) Bd. XIII S. 330.

Parteien entschieden werden soll, und auch das Urteil nur Recht zwischen den Parteien schafft, giebt es doch Ausnahmen, in denen die Wirkungen der Rechtskraft sich auch auf Dritte erstrecken.

Die ZPO. hat die Ausdehnung der Wirksamkeit des rechtskräftigen Urteils für und gegen Dritte Personen in den §§ 325 ff. geregelt und im Anschluß hieran auch über die Vollstreckung für und gegen dritte Personen aus dem alten Schuldtitel Bestimmungen getroffen.

Die Vollstreckungsklausel ist in diesen Fällen auf Anordnung des Vorsitzenden zu erteilen, wenn die Rechtsnachfolge oder die Änderung der Besitzverhältnisse oder die sonstigen Tatsachen, an welche das Gesetz die Zulässigkeit der Vollstreckung gegen Dritte knüpft, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird; anderenfalls ist gemäß § 731 auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben, oder wenn die Voraussetzungen des § 731 nicht vorliegen, aufs neue aus dem Judikat zu klagen.

Es kommt hier zunächst der § 727 inbetracht: „Eine vollstreckbare Ausfertigung kann für den Rechtsnachfolger des in dem Urteile bezeichneten Gläubigers, sowie gegen denjenigen Rechtsnachfolger des in dem Urteile bezeichneten Schuldners und denjenigen Besitzer der im Streite befangenen Sache, gegen welche das Urteil nach § 325 wirksam ist, erteilt werden."

Aus dem Wortlaute des Gesetzes ergibt sich, daß ein Unterschied gemacht werden muß, ob die Klausel für den Rechtsnachfolger des im Urteil bezeichneten Gläubigers oder gegen den Rechtsnachfolger des im

Urteil bezeichneten Schuldners erteilt werden soll. Während sie auf der Gläubigerseite in allen Fällen erteilt werden kann, macht das Gesetz auf der Schuldnerseite die Einschränkung, daß sie nur dann gegen den Rechtsnachfolger zu erteilen ist, wenn ihm gegenüber das Urteil nach § 325 wirksam ist.

§ 14.

Eine vollstreckbare Ausfertigung kann also für den Rechtsnachfolger des im Urteil bezeichneten Gläubigers erteilt werden: und zwar ist der Begriff der Rechtsnachfolge in allerweitesten Sinne zu fassen, es gehört die Gesamtnachfolge wie die Sondernachfolge hierher. Es ist gleichgiltig, ob die Rechtsnachfolge vor oder nach dem Erlaß des Urteils eingetreten ist — dies ergiebt sich aus dem § 325 —, sofern nur der Eintritt der Rechtsnachfolge nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgt ist; denn da die Vollstreckbarkeit für oder gegen Dritte eine Folge der Ausdehnung der Wirkungen der Rechtskraft auf Dritte ist, sich aber die Wirkungen der Rechtskraft nicht auf die Personen, welche bereits vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind, erstrecken — denn in diesem Falle wären die Parteien überhaupt nicht zur Prozeßführung legitimiert[36] — so ist auch eine Vollstreckung gegen Dritte, welche vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger geworden sind, unmöglich. In diesem Fall bedarf es einer besonderen Klage gegen den Dritten. Es ist ferner gleichgiltig, ob das Urteil

36) § 325 ZPO.

rechtskräftig oder nur für vorläufig vollstreckbar erklärt ist; denn die Vorschriften der ZPO über die Zwangsvollstreckung betreffs der rechtskräftigen Urteile finden in gleicher Weise Anwendung auf vorläufig vollstreckbare Urteile,[37] sofern die ZPO. nicht ausdrücklich Ausnahmen macht. Bestritten ist die Frage, ob zugunsten des Sonderrechtsnachfolgers die Vollstreckungsklausel nur erteilt werden darf, wenn der Gegner einwilligt, oder das Urteil rechtskräftig geworden ist. Man beruft sich auf den § 265 Abs. 2, wo es heißt, daß die Veräußerung oder Abtretung auf den Prozeß keinen Einfluß hat, der Rechtsnachfolger ist auch nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben. Bejaht wird die Frage vom Reichsgericht Bd. XXXV, S. 386, Petersen-Anger zu § 727 Nr. 3, Struckmann-Koch Nr. 3, Neukamp 2 A. a. aa.

Gegen die Anwendbarkeit des § 265 läßt sich einwenden, daß die Zwangsvollstreckung ein vom Prozeß gesondertes Verfahren ist,[38] daß die Bestimmungen, die für den Prozeß getroffen sind, nicht ohne weiteres auf das Zwangsvollstreckungsverfahren ausgedehnt werden können. So erscheint die Bestimmung des § 265 für den Prozeß im eigentlichen Sinne als durchaus gerechtfertigt; denn wollte man dem Rechtsfolger gestatten, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß selbst an Stelle

37) RGE. Bd. XVIII S. 287; Gaupp a. a. O. zu § 727 Anm. 2.

38) Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 113; Ztschr. f. ZP. Bd. XII S. 167; Falkmann a. a. O. II. Aufl. S. 240 Nr. 57.

der Hauptpartei zu übernehmen oder als Hauptintervenient aufzutreten, so könnte dadurch die Rechtsverfolgung des Klägers wie die Verteidigung des Beklagten sehr erschwert werden. Im Stadium der Zwangsvollstreckung ist aber hiervon nicht die Rede, und es liegt auch wohl kein Grund vor, den Rechtsnachfolger schlechter zu stellen als den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger selbst. Sollte aber das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil aufgehoben werden, so ist der Schuldner durch die Bestimmung des § 717 Abs. 1 gesichert. Es ist sonach mit Rücksicht auf den oben aufgestellten Grundsatz, daß das für vorläufig vollstreckbare Urteil dem rechtskräftigen hinsichtlich der Zwangsvollstreckung gleichstehe, so weit nicht durch die ZPO. selbst Ausnahmen gemacht sind, zu sagen, daß es auch bezüglich der Sonderrechtsnachfolge keinen Unterschied mache, ob das Urteil rechtskräftig oder nur für vorläufig vollstreckbar erklärt ist.

§ 15.

Ist die Rechtsnachfolge dagegen auf der Schuldnerseite eingetreten, und soll gegen den Rechtsnachfolger des Schuldners die Zwangsvollstreckung betrieben werden, so ist die Vollstreckung aus demselben Schuldtitel mit umgestellter Klausel nur zulässig, wenn das Urteil dem Rechtsnachfolger gegenüber gemäß § 325 wirksam ist. Das Urteil ist aber nur insoweit wirksam, als die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten,[39] nicht

39) § 325 Abs. 2.

Anwendung finden. Eine Ausnahme hiervon wird wieder dann gemacht, wenn das Urteil einen Anspruch aus einer eingetragenen Reallast, Hypotheck, Grundschuld oder Rentenschuld betrifft. Hier wirkt im Falle einer Veräußerung des belasteten Grundstücks in Ansehung des Grundstücks[40] das Urteil gegen den Rechtsnachfolger auch dann, wenn dieser die Rechtshängigkeit nicht gekannt hat. Diese Ausnahme wird wieder eingeschränkt zu gunsten desjenigen, der das belastete Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung erwirbt. Gegen ihn wirkt das Urteil nur dann,[41] wenn die Rechtshängigkeit spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten angemeldet worden ist. Hieraus ergibt sich, daß die Vollstreckung aus dem ursprünglichen Titel mit umgestellter Klausel gegen den Gesamtnachfolger des Schuldners in aller Fällen zulässig ist; denn die Vorschriften zu gunsten derer, welche Rechte vom Nichtberechtigten herleiten, finden auf den Gesamtnachfolger keine Anwendung. Dies war ausdrücklich ausgesprochen in der alten Fassung des § 665, wo es heißt: „eine vollstreckbare Ausfertigung kann gegen den allgemeinen Rechtsnachfolger des im Urteil bezeichneten Schuldners u. s. w. erteilt werden", und ist in der neuen Fassung des § 727 durch die Verweisung auf den § 325 ersetzt.[42] Bezüglich der Singularsukzession auf Seiten des Schuldners besteht Streit, ob die Bestimmungen des § 727 nur auf Urteile oder auch auf solche Titel, welche nicht in einer Entscheidung des Gerichts bestehen, Anwendung zu finden

40) § 325 Abs. 3 S. 1.
41) § 325 Abs. 3 S. 3.
42) Falkmann a. a. O. S. 225.

haben. Die Vertreter der Ansicht, daß die Anwendbarkeit des § 727 auf die bezeichneten Titel zu verneinen sei, berufen sich dafür auf eine Stelle der Motive — S. 419 zu § 703 (alt) -, wo es heißt: „Ebenso ist bei solchen Titeln, welche nicht in einer Entscheidung des Gerichts bestehen, für die Anwendung der Vorschriften über die Vollstreckbarkeit gegen den Singularsukzessor kein Raum." Hiergegen ist einzuwenden, daß diese Auffassung dem klaren Wortlaut des Gesetzes widerspricht: der § 795 bestimmt, daß die Vorschriften der §§ 724 – 793, welche die Zwangsvollstreckung aus Urteilen regeln, entsprechende Anwendung auf die Zwangsvollstreckung aus den im § 794 bezeichneten Schuldtiteln finden sollen, soweit die §§ 796 - 800 nicht abweichende Vorschriften enthalten. Letztere enthalten solche Vorschriften nicht; demnach ist der § 727 auch anwendbar, wenn es sich um die Zwangsvollstreckung gegen den Singularsukzessor aus einem der im § 794 bezeichneten Schuldtitel handelt, in demselben Maße als die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil gegen ihn zulässig ist. Wenn die Vertreter der oben bezeichneten Ansicht zur Begründung anführen, daß der § 727 von einer im Streit befangenen Sache spreche, und bei den im § 794 bezeichneten Titeln von einer „Streitbefangenheit" nicht gesprochen werden könne, so ist hierauf zu entgegnen, daß der § 795 die Vorschriften der §§ 724 bis 793 eben für „entsprechend" anwendbar erklärt. Bei entsprechender Anwendung des § 727 auf Vergleiche und exekutorische Urkunden tritt an Stelle der in Streit befangenen Sache aber diejenige Sache, welche den Gegen-

stand des Vergleiches oder der vollstreckbaren Urkunde bildet.[43]

Während der § 665 (alt) die Vollstreckung mit umgestellter Vollstreckungsklausel aus demselben Schuldtitel nur gegen denjenigen Singularsukzessor des Schuldners zuließ, an welchen die in Streit befangene Sache während der Rechtshängigkeit oder nach Beendignng des Rechtsstreites veräußert ist, sofern die Entscheidung nach den §§ 236, 238 (alt) überhaupt gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar ist, läßt die Novelle im § 727 die Vollstreckung gegen den Singularsuccessor des im urteile bezeichneten Schuldners aus demselben Schuldtitel mit umgestellter Vollstreckungsklausel immer dann zu, wenn das Urteil ihm gegenüber nach § 325 wirksam ist. Dem Singularsuccessor gleichgestellt ist derjenige, der den Besitz der in Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt hat, daß eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist.[44]

§ 16.

Im einzelnen ist folgendes zu bemerken: Hinsichtlich der Gesamtnachfolge, bezüglich deren es keinen Unterschied macht, ob sie auf seiten des Gläubigers oder des Schuldners eintritt, wie aus den obigen Erörterungen hervorgeht, kommt in erster Linie die Erbfolge inbetracht. Es fragt sich, wann die Erbfolge eingetreten sein muß, damit aus dem für oder gegen den Erblasser ergangenen Urteil die Vollstreckung für oder gegen den Erben zu

43) Falkmann a. a. O. S. 226; Gaupp a. a. O. Anm. 1 zu § 795; Seuffert a. a. O. Anm. 1 c zu § 795.

44) § 325 Abs. 1.

läſſig iſt. Aus dem § 727 in Verbindung mit § 325 ergibt ſich, daß erſt eine Erbfolge, welche nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit eingetreten iſt, berückſichtigt werden kann. Dies ſtimmt mit dem Obengeſagten überein, daß überhaupt nur eine Rechtsnachfolge, ſei es Geſamt- oder Sondernachfolge, für die Anwendbarkeit des § 727 inbetracht kommt, wenn ſie früheſtens nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit ſtattgefunden hat. Wenn eine Erbfolge nach dem Beginn des Prozeſſes, aber vor dem Erlaß des Urteils ſtattgefunden hat, ſo wird im Parteiprozeß der Prozeß durch den Tod des Erblaſſers unterbrochen, bis er durch den Erben wiederaufgenommen wird.[45] In dieſem Falle lautet aber das Urteil auf den Namen des Erben ſelbſt, und es iſt für die Anwendbarkeit des § 727 kein Raum. Sollte der Prozeß aber trotz des Todes des Erblaſſers weiter geführt worden und ein Urteil auf deſſen Namen ergangen ſein, ſo iſt daſſelbe unwirkſam,[61] als für oder gegen eine nicht mehr exiſtierende Perſon gerichtet und zur Vollſtreckung nicht geeignet. Im Anwaltsprozeſſe, in welchem die Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war, findet eine Unterbrechung des Verfahrens nicht ſtatt,[47] und wenn auch eine Ausſetzung nicht beantragt wird, kann ein giltiges Urteil auf den Namen der verſtorbenen Partei erlaſſen werden.[48] In dieſem Falle hat § 727 Anwendung zu finden. Hieraus ergiebt ſich, daß die Erbfolge nach dem Erlaß des Urteils und,

45) § 239.

46) Falkmann a. a. O. II. Aufl. S. 227.

47) § 246.

48) Falkmann a. a. O. S. 228; Schultze, Vollſtreckbarkeit d. Schuldtitel S. 19.

wenn die Voraussetzungen des § 256 vorliegen, bereits vorher, nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit,[49] stattgefunden haben muß damit der § 727 Anwendung finden kann. Hat die Zwangsvollstreckung z. Zt. des Todes des Erblassers gegen ihn bereits begonnen, so greift der § 727 ebenfalls nicht Platz, sondern dieselbe wird ohne Klauselumstellung in den Nachlaß fortgesetzt.[50] Tritt die Erbfolge auf der Schuldnerseite ein, so ist die Erteilung der Vollstreckungsklausel erst zulässig, wenn die im § 1944 BGB. bestimmte Ausschlagungsfrist abgelaufen, oder die Annahme der Erbschaft nachgewiesen ist. Dies ergiebt sich aus § 1958 BGB., wo es heißt, daß vor der Annahme der Erbschaft ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden kann, und aus dem § 778 der ZPO., wo bestimmt ist, daß eine Zwangsvollstreckung wegen eines Anspruches, der sich gegen den Nachlaß richtet, solange der Erbe die Erbschaft nicht angenommen hat, nur in den Nachlaß zulässig ist. So Gaupp zu § 727 II. 2. c., Seuffert zu § 727 5. a. und Falkmann, a. a. O. S. 229. A. M.: Planck, Kom. z. BGB. 1958. 4 b., Böhm, Erbrecht S. 265. Sie lassen die Erteilung der Vollstreckungsklausel schon vor der Annahme der Erbschaft zu und verweisen den Erben auf den Weg der Einwendungen gemäß den §§ 732, 768. Andererseits wird die Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht dadurch beschränkt, daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten

---

49) Schultze a. a O. S. 20.
50) ZPO. § 779.

nur beschränkt haftet.[51] Er ist vielmehr auf den Weg der Klage angewiesen (§ 785). Nicht immer aber kann die Zwangsvollstreckung für oder gegen den Erben selbst aus einem für oder gegen den Erblasser ergangenen Schuldtitel erfolgen. Dies ist der Fall, wenn eine Nachlaßpflegschaft oder Verwaltung angeordnet ist, oder der Erbe durch die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist. Da diese Fälle in engem Zusammenhang mit der Erbfolge stehen, sollen sie im Anschluß an diese besprochen werden. Der Nachlaßpfleger ist gesetzlicher Vertreter des zukünftigen ungewissen Erben.[52] Hieraus folgt, daß in allen Fällen, wo die Umstellung der Vollstreckungsklausel auf den Erben selbst zulässig ist, dies auch für den Nachlaßpfleger gelten muß:[53] denn der § 750 Abs. 1 bestimmt, daß die Personen, für oder gegen welche die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, in der Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sein müssen. Da der Erbe ungewiß ist, muß die Klausel auf den Namen des gesetzlichen Vertreters selbst gestellt werden. Ebenso folgt hieraus, daß, daß wenn der Nachlaßpfleger gemäß § 243 das durch den Tod des Erblasser unterbrochene Verfahren aufnimmt, und das Urteil auf seinen Namen ergeht, es später zu einer Zwangsvollstreckung für und gegen den Erben selbst einer Umstellung der Vollstreckungsklausel nicht bedarf. Ist eine Nachlaß-

51) Falkmann a. a. O. S. 206; Schultze a. a. O. S. 22; Kohler, Prozeß als Rechtsverh. S. 117. — ZPO. § 781.

52) Seuffert a. a. O. S. 51 Anm. 5 c; Planck, Komment. z. BGB. Anm. III 5 c von 1942; Falkmann a. a. O. S. 229.

53) So Falkmann a. a. O. S. 229. — A. M. Schultze a. a. O. SS. 31, 33.

verwaltung angeordnet, so ist der Nachlaßverwalter nicht allein gesetzlicher Vertreter des Erben in Ansehung des Nachlasses, sondern er hat auch die Interessen der Nachlaßgläubiger zu vertreten. Ist deshalb ein Urteil für oder gegen den Erblasser ergangen, so kann die Klausel nur auf den Namen des Nachlaßverwalters umgestellt werden,[54] denn „mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung verliert der Erbe die Befugnis den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen. Ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, kann nur gegen den Nachlaßverwalter gerichtlich geltend gemacht werden."[55] Ist aber ein Urteil für oder gegen den Nachlaßverwalter ergangen, so kann nach Aufhebung der Nachlaßverwaltung aus dem Schuldtitel ohne Umstellung der Klausel für oder gegen den Erben vollstreckt werden, da der Nachlaßverwalter im Verhältnis zum Erben als dessen gesetzlicher Vertreter gehandelt hat.

§ 17.

Besonders geregelt hat die Novelle den Fall, wenn eine Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Der Testamentsvollstrecker ist nicht gesetzlicher Vertreter des Erben, sondern „er übt sein Recht im eigenen Namen und auf Grund des vom Gesetze getragenen Willens des Erblassers zwecks Vollziehung dieses Willens aus".[56] Der Testamentsvollstrecker ist auch nicht Rechtsnachfolger des Erblassers, sondern Rechtsnachfolger des Erblassers

54) BGB. 1984 Abs. 1 S. 1 und 3.

55) Seuffert a. a. O. Anm. 4 zu § 749.

56) Planck, Kommentar Anm. 1 u. 2 zu § 2197, Anm. 1 zu § 2212.

bleibt der Erbe. Infolgedessen könnten die Bestimmungen des § 727 auf ihn keine Anwendung finden. Aus Zweckmäßigkeitsgründen aber hat die Novelle in den §§ 728 Abs. 2, 749 auch hinsichtlich des Testamentsvollstreckers die §§ 727, 730—732 für anwendbar erklärt. Da aber die Stellung des Testamentsvollstreckers eine verschiedene ist, je nachdem ihm die Verwaltung des Nachlasses (BGB. § 2205) oder die Verwaltung nur einzelner Nachlaßgegenstände (BGB. § 2208) oder gar keine Verwaltung (BGB. § 2208) zusteht, so ist im einzelnen zu unterscheiden: Steht dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses zu, so kann der Erbe über den Nachlaß nicht verfügen,[57] ein zum Nachlaß gehöriges Recht kann nur von dem Testamentsvollstrecker geltend gemacht werden. Dagegen kann ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet,[58] trotz bestehender Verwaltung des Testamentsvollstreckers sowohl gegen diesen wie gegen den Erben geltend gemacht werden. Ein Pflichtteilsanspruch kann nur gegen den Erben geltend gemacht werden. Ist das Urteil bereits für den Erblasser ergangen, so kann der Testamentsvollstrecker die Klausel für sich umstellen lassen gemäß § 749; ist das Urteil gegen den Erblasser ergangen, so kann der Gläubiger die Klausel gegen den Testamentsvollstrecker umstellen lassen, wenn er die Vollstreckung in den Nachlaß betreiben will, gegen den Erben, wenn er die Vollstreckung in das persönliche Vermögen des Erben betreiben will. Ist das Urteil erst nach dem Tode des Erblassers auf den Namen des Testamentsvollstreckers

57) BGB. §§ 2211, 2212.
58) § 2213 BGB.

ergangen, so kann eine vollstreckbare Ausfertigung für den Erben erst erteilt werden, wenn die Verwaltung des Testamentsvollstreckers beendet ist, gegen den Erben aber auch während des Bestehens dieser Verwaltung gemäß dem § 728 Abs. 2. Steht dem Testamentsvollstrecker nur die Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände zu, und ist beim Tode des Erblassers das Urteil bereits ergangen, so findet das oben gesagte nur insoweit Anwendung, als das für oder gegen den Erblasser ergangene Urteil ein Recht betrifft, welches der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt. Die Zwangsvollstreckung ist auf Grund einer solchen Ausfertigung ebenfalls nur in die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstände zulässig. Ist das Urteil dagegen noch nicht ergangen, so ist der Testamentsvollstrecker für einen Aktivprozeß hinsichtlich der seiner Verwaltung unterliegenden Rechte legitimiert,[59] und es findet der § 728 Abs. 2 S. 1 Anwendung. Ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, kann in diesem Falle aber nur gegen den Erben geltend gemacht werden.[60] Wird ein Urteil gegen den Erben erstritten, so ist die Zwangsvollstreckung nur zulässig in das persönliche Vermögen des Erben und in die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers nicht unterliegenden Gegenstände. Eine Umstellung der Klausel auf den Testamentsvollstrecker aus einem für oder gegen den Erben ergangenen Urteil kennt das Gesetz nicht. Soll die Vollstreckung in die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstände be-

59) BGB. § 2212.
60) Ebenda § 2213 Abs. 1 S. 2.

trieben werden, so ist ein Urteil erforderlich, in welchem der Erbe zur Leistung, der Testamentsvollstrecker zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist.[61].

Steht dem Testamentsvollstrecker eine Nachlaßverwaltung nicht zu, so hat der Erbe selbst seine Rechte wahrzunehmen. Die Umstellung der Klausel erfolgt für und gegen den Erben ohne Rücksicht auf den Testamentsvollstrecker[62].

§ 18.

Im Anschluß hieran ist noch der Fall zu erörtern, daß aus einem für oder gegen den Vorerben lautenden Schuldtitel für oder gegen den Nacherben vollstreckt werden soll. Ob der Nacherbe Rechtsnachfolger des Vorerben oder nur Rechtsnachfolger des Erblassers selbst ist, ist bestritten: ersteres wird u. A. von Hellwig, Rechtskraft S. 221, Seuffert, a. a. O. Anm. 1 zu § 728, letzteres von Gaupp, zu § 728 I, Anm. 1, Schultze, a. a. O. S. 23 und auch in der Denkschrift zu der Novelle angenommen, wo es heißt:

„Der Nacherbe ist nicht Rechtsnachfolger des Vorerben, sondern des Erblassers. Der bezeichnete Fall wird daher durch die allgemeine Vorschrift des § 665 (jetzt § 727) an sich nicht gedeckt; vielmehr bedarf es, um die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils für und gegen den Nacherben zu ermöglichen, einer besonderen Vorschrift." Diese besondere Vorschrift wird dann in § 728 Abs. 1 gegeben, indem die Vorschriften

61) § 748 Abs. 2.
62) Falkmann a. a. O. S. 236.

des § 727 auf den Fall ausgedehnt werden, daß gegenüber dem Vorerben ein nach § 326 dem Nacherben gegenüber wirksames Urteil ergangen ist.[63] Der § 326 macht einen Unterschied, ob das auf den Namen des Vorerben lautende Urteil für den Nacherben günstig oder ungünstig ist, und weiter ob es sich um eine Nachlaßverbindlichkeit oder einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand handelt. Unter „Gegenstände" sind aber nicht bloß körperliche Sachen, sondern auch Rechte, im besonderen auch Ansprüche, die dem Nachlaß zustehen, inbegriffen. So erklärt sich auch die etwas erzwungene Fassung des § 326 Der Paragraph spricht in dem ersten Teil des 1. Absatzes nur von einem Urteil, das in einem gegen den Vorerben als Erben geführten Prozesse ergeht,[64] als ob hierdurch der Fall ausgeschlossen sein sollte, wenn von dem Vorerben ein Anspruch als Erbe geltend gemacht wird. Dem ist nicht so; sondern der letztere Fall ist unter die Bestimmungen des zweiten Teiles des 1. Absatzes zu subsumieren, da es sich hier um einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand handelt.

Ist das Urteil günstig, so wirkt es für den Nacherben, sofern es sich um einen Anspruch handelt, der gegen den Vorerben als Erben gerichtet ist, oder wenn das Urteil über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand ergeht. Weitere Voraussetzung ist, daß das Urteil vor dem Eintritte der Nacherbfolge rechtskräftig geworden ist. Ist das für den Erben ungünstig, so erstreckt sich die Wirksamkeit des Urteils nur dann auf ihn, wenn das Urteil über einen der Nacherbfolge unter-

63) Gaupp a. a. O. 326 V.
64) A. M. Falkmann a. a. O. S. 276.

liegenden Gegenstand ergeht, und der Vorerbe befugt ist, ohne Zustimmung des Nacherben über den Gegenstand zu verfügen. Der Nacherbe ist durch diese Bestimmung bedeutend besser gestellt als der Rechtsnachfolger, welchem gegenüber auch ein ungünstiges Urteil, das gegen den Rechtsvorgänger ergangen ist, immer wirksam ist, sofern nicht die Vorschriften zu gunsten derjenigen, welche Rechte vom Nichtberechtigten herleiten, Anwendung finden, und die sonstigen Voraussetzungen des § 325 Abs. 1 vorliegen. Diese Bestimmung wird in der Denkschrift damit begründet, daß das Recht des Nacherben in hohem Grade gefährdet sein würde, wenn er ein zu ungunsten des Vorerben ergangenes Urteil ohne weiteres gegen sich gelten lassen müßte.

§ 19.

Eine Universalsukzession liegt ferner in der Nachfolge von Todeswegen in ein Sondervermögen (Lehen mit Einschluß eines allodifizierten Lehens, Stammgut, Familienfideikommiß oder Anerbengut).[65]

Eine Universalsukzession kann ferner darin liegen, daß das Vermögen einer juristischen Person nach deren Auflösung als Ganzes an eine andere Person fällt: so im Falle des HGB. §§ 303, 306, des Gesetzes betr. die Gesellsch. m. b. H., in der Fassung vom 20. Mai 1898, § 80, des BGB. §§ 45, 46 Fällt das Vermögen in solchen Fällen an den Fiskus, so finden über die Zwangsvollstreckung gemäß § 15, 3 EG. ZPO. die landesgesetzlichen Vorschriften Anwendung. Im übrigen greifen

65) EG. ZPO. § 15 Nr. 4.

auch hier die Vorschriften der §§ 727, 730 bezüglich der Erteilung der Vollstreckungsklausel für und gegen den Rechtsnachfolger Platz.

§ 20.

Besondere Vorschriften trifft die ZPO. hinsichtlich der Rechtsnachfolge bei den verschiedenen Arten der ehelichen Gütergemeinschaft: Soll die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau beim Güterstande der Verwaltung und Nutznießung, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft betrieben werden, so ist hierzu ein gegen beide Ehegatten ergehendes Urteil erforderlich, welches die Ehefrau zur Leistung, den Mann zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt. Ist das Urteil nur gegen die Ehefrau ergangen, so bedarf es einer besonderen Klage gegen den Mann,[66] eine Umstellung der Klausel ist nicht zulässig. Ist dagegen dieser Güterstand erst eingetreten, nachdem ein von der Frau oder gegen die Frau geführter Rechtsstreit rechtshängig geworden ist, so finden auf die Erteilung einer in Ansehung des eingebrachten Gutes der Ehefrau vollstreckbaren Ausfertigung des Urteiles für und gegen den Ehemann die Vorschriften der §§ 727, 730–732 entsprechende Anwendung.[67] Bei dem Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschafts-Gemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut ein gegen den Ehemann ergangenes Urteil[68] erforderlich und genügend. Tritt die allgemeine Güter-

66) § 739.
67) § 742 Abs. 1.
68) § 740.

gemeinschaft oder die Fahrnisgemeinschaft erst ein, nachdem ein von der Frau geführter Rechtsstreit rechtshängig geworden ist, und ergeht das Urteil auf den Namen der Frau, so kann für und gegen den Mann als Universalsukzessor die Vollstreckungsklausel nach § 727 erteilt werden.[69] Dies bestimmt § 742 Abs. 2 ausdrücklich. Besteht Gütertrennung, so ist zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen jedes einzelnen Ehegatten ein gegen diesen Ehegatten ergangenes Urteil erforderlich. Tritt die Gütertrennung aber nach Beendigung der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft ein,[70] so bedarf es hinsichtlich der früheren Gesamtgüter bis zur Auseinandersetzung eines gegen beide Ehegatten ergangenen Urteils. Ist die Beendigung erst eingetreten nach Beendigung eines von dem Manne geführten Rechtsstreites, und ist das Urteil auf den Namen des Mannes ergangen, so ist die Klausel bis zur Auseinandersetzung für oder gegen beide Ehegatten gemeinsam,[71] nach der Auseinandersetzung für oder gegen denjenigen Ehegatten zu erteilen, dem der Anspruch bei der Teilung zugefallen ist. Ist dies die Ehefrau, so finden die Vorschriften der §§ 727, 730—732 entsprechende Anwendung.[72] Ist es der Mann, so bedarf es einer neuen Klausel nicht.[73] Ist die Beendigung der Gütergemeinschaft nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit, aber vor der Beendigung des Prozesses erfolgt, so kann

69) Falkmann a. a. O. S. 250.
70) § 743.
71) Gaupp a. a. O. Anm. 3 zu § 744.
72) § 744.
73) Gaupp [a. a. O. — A. M. Hellwig, Anspruch . . ., S. 345.

§ 744 keine Anwendung finden.[74] Eine Vollstreckungsklausel kann sonach für und gegen die Ehefrau, bezw. für und gegen beide Ehegatten bis zur Auseinandersetzung nur insoweit erteilt werden, als die allgemeinen Bestimmungen der §§ 727, 325 Platz greifen, also eine Rechtsnachfolge vorliegt, und das Urteil dem Rechtsnachfolger gegenüber wirksam ist.

Dieselben Vorschriften finden nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft Anwendung mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Ehemannes der überlebende Ehegatte,[75] an die Stelle der Frau die anteilsberechtigten Abkömmlinge[76] treten.

§ 21.

Keine Universalsukzession liegt in der Übernahme eines Vermögens. Soweit der Übernehmer Rechtsnachfolger des Veräußerers ist, ist er Singularsukzessor,[77] er ist aber überhaupt nicht Rechtsnachfolger hinsichtlich der persönlichen Verbindlichkeiten, ausgenommen solcher persönlicher Verbindlichkeiten, die sich an den Besitz einer bestimmten Sache knüpfen.[78]

Infolgedessen kann nach der allgemeinen Vorschrift des § 727 die Vollstreckungsklausel aus einem Schuldtitel gegen den Erwerber hinsichtlich dieser persönlichen Verbindlichkeiten nicht erteilt werden. Aus Billigkeits-

74) Gaupp a. a. O. Anm. II.

75) § 745 Abs. 2.

76) BGB. § 1487.

77) Seuffert a. a. O. § 729 Anm. 1; Gaupp a. a. O. § 729 Anm. 1; Falkmann a. a. O. S. 283. — A. M. Hellwig a. a. O. S. 309 ff.

78) s. S. 89.

rücksichten aber den Gläubigern des bisherigen Vermögensinhabers gegenüber hat die ZPO. im § 729 Abs. 1 die Bestimmung aufgenommen, daß die Vorschriften des § 727 entsprechende Anwendung auf die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den Übernehmer finden sollen. Voraussetzung ist aber, daß ein rechtskräftiges Urteil vorliegt. Hierher gehört auch der Fall der Übernahme einer Erbschaft als eines Sondervermögens mit der Maßgabe, daß es sich um die rechtskräftige Feststellung einer Nachlaßschuld vor dem Übernahmevertrag handeln muß.

Ebensowenig wie in der Übernahme eines Vermögens liegt in dem Erwerbe eines Handelsgeschäftes unter Lebenden, auch wenn die Firma fortgeführt wird, eine Universalsukzession. Es gilt für den Erwerber dasselbe, wie das oben für den Übernehmer Gesagte. Dieselben Erwägungen wie bei der Übernahme eines Vermögens haben auch hier dazu geführt, die Vorschriften des § 727 gegen den Erwerber entsprechend für anwendbar zu erklären, in Ansehung der Verbindlichkeiten, für welche er nach § 25 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 HGB. haftet. Voraussetzung ist, daß das Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortgeführt wird,[79] und daß vor dem Erwerbe des Geschäftes gegen den früheren Inhaber ein rechtskräftiges Urteil vorlag. Ebensowenig wie in der Übernahme eines Vermögens liegt auch in der Bestellung eines Nießbrauches an einem Vermögen eine Universalsukzession. Liegt daher ein Schuldtitel gegen den Besteller vor, so kann der Gläubiger nach § 727 die Umstellung der Klausel gegen den Nießbraucher nur insoweit

79) § 729 Abs. 2.

erlangen, als dieser Singularsukzessor des Schuldners ist, und das Urteil nach § 325 für ihn wirksam ist. Dies gilt, wenn der Nießbrauch nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit bestellt war. War er schon vorher bestellt, so ist in keinem Falle eine Klausel-Umstellung gegen den Nießbraucher zu erlangen, sondern es bedarf eines Urteils, in welchem der Besteller zur Leistung, der Nießbraucher zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist.[80] Eine besondere Vorschrift trifft die CPO. im § 738 in Anlehnung an § 729: ist nämlich die Bestellung des Nießbrauches an einem Vermögen erst nach der rechtskräftigen Feststellung einer Schuld des Bestellers erfolgt,[81] so finden auf die Erteilung einer in Ansehung der dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils die Vorschriften der §§ 727, 730—732 entsprechende Anwendung. Das Gleiche wie bei der Bestellung eines Nießbrauches an einem Vermögen gilt bei der Bestellung des Nießbrauches an einer Erbschaft.[81]

§ 22.

Einer Erwähnung bedarf der Fall des § 800. Der Eigentümer eines Grundstücks hat sich in einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde in Ansehung einer Hypothek, einer Grundschuld oder Rentenschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen in der Weise, daß die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll. Bezüglich der Erteilung der Vollstreckungsklausel.

80) § 737.

81) § 738 Abs. 1.

gegen den jeweiligen Eigentümer als den Rechtsnachfolger finden die Vorschriften der §§ 727, 730 Anwendung. Der § 800 enthält keine Abweichung im Sinne des § 795 bezüglich der Erteilung der Vollstreckungsklausel Es hat in ihm nur eine Kontroverse entschieden werden sollen, welche darin bestand, inwieweit sich der Eigentümer eines Grundstückes der sofortigen persönlichen und dinglichen Zwangsvollstreckung unterwerfen und die Wirksamkeit der Unterwerfung auf seinen Eigentumsnachfolger ausdehnen konnte. Die Rechtsprechung hat geschwankt, und ist es wiederholt die Eintragung der Bindung in das Grundbuch abgelehnt worden. Diese Kontroverse ist jetzt durch den § 800 abgeschnitten.

§ 23.

Zu erörtern ist die Frage, wie es im Falle der der nominatio auctoris bezüglich der Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den ursprünglich Beklagten zu halten ist.[83] Wenn der Besitzer einer Sache verklagt ist, da er auf grund eines Rechtsverhältnisses der im § 868 BGB. bezeichneten Art zu besitzen behauptet, so kann er dem mittelbaren Besitzer den Streit verkünden, und dieser ist berechtigt, an Stelle des Beklagten den Prozeß zu übernehmen. Die Entscheidung ist aber in Ansehung der Sache selbst auch gegen den ursprünglich Beklagten wirksam und vollstreckbar. Dieser Fall fällt nicht unter den § 325: denn hier ist der Beklagte nicht Besitzer der im Streit befangenen Sache nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit geworden, sondern ist es schon vorher gewesen. Demgemäß ist auch nach dem Wortlaute des § 727 die Er-

teilung der Vollstreckungsklausel aus einem gegen den mittelbaren Besitzer lautenden Schuldtitel nicht zulässig. Da aber der Absatz 4 § 76 die Entscheidung, welche gegen den mittelbaren Besitzer ergeht, auch gegen den ursprünglich Beklagten in Ansehung der Sache selbst für wirksam und vollstreckbar erklärt, und nach § 750 Abs. 1 die Parteien, für und gegen welche die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, in der Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sein müssen, so bedarf es einer auf den Namen des ursprüglich Beklagten lautenden Vollstreckungsklausel. Die ZPO. selbst enthält keine Vorschriften darüber, auf welche Weise die Klausel zu übertragen ist. Daher wollen eine Reihe von Schriftstellern die §§ 727, 730 analog für anwendbar erklären; Seuffert, Struckmann-Koch, Petersen-Anger zu § 727, Falkmann, S. 252, so daß hiernach die Erteilung der Vollstreckungsklausel auf Anordnung des Vorsitzenden erfolgen muß. Heldmann, 3 f. ZPr. Bd. 21, S 490, verweist den Gläubiger auf den Weg der Klage. Eine dritte Ansicht wird von v. Wilmowski-Levy vertreten, welche die Anordnung des Vorsitzenden nicht für erforderlich erachten, sondern die Klausel selbständig durch den Gerichtsschreiber erteilen lassen. Dieser letzen Ansicht wird beizutreten sein. Denn hätte der Gesetzgeber auch im Falle des § 76 die Erteilung der Vollstreckungsklausel nur auf Anordnung des Vorsitzenden zulassen wollen, so wäre es ein Leichtes gewesen, im § 727 anstatt: „gegen welche das Urteil nach § 325 wirksam ist" zu setzen: „gegen welche das Urteil nach § 325 bezw. § 76 Abs. 4 wirksam ist." Wenn aber bei der Abfassung des § 727 des Fall des § 76 Abs. 4

übersehen worden ist, so liegt wohl zu einer analogen Anwendung kein Grund vor; denn da der ursprünglich Beklagte ja selbst am Prozesse anfänglich teilgenommen hat und dann erst infolge der Benennung des Autors ausgeschieden ist, diese Tatsachen aber aus den Akten hervorgehen, so ist der Gerichtsschreiber sehr wohl selbst im stande zu prüfen, ob die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen ihn zulässig ist oder nicht, und es liegt kein Grund vor ihn nicht selbstständig die Klausel erteilen zu lassen. Aus demselben Grunde ist auch die Ansicht von Heldmann abzulehnen. Wollte man den Gläubiger auf den Weg der Klage verweisen, so würde besonders in diesem Falle, wo alle zur Erteilung der Klausel erforderlichen Umstände aus den Akten hervorgehen, dieser umständliche Weg der ratio legis nicht entsprechen und eine große Unbilligkeit für den Gläubiger bedeuten.

§ 24.

Es ist alsdann auf die äußerst bestrittene Frage einzugehen, ob im Falle des Konkurses eine Umstellung der Vollstreckungsklausel auf den Konkursverwalter erforderlich und statthaft ist. Diese Frage läßt sich nur danach beantworten, welche rechtliche Stellung man dem Konkursverwalter beimißt.[84] Ist der Konkursverwalter der gesetzliche Vertreter des Kridars, so bedarf es für oder gegen ihn einer Klauselumstellung ebensowenig wie für oder gegen den Vormund aus einem auf das

82) § 738 Abs. 2.

83) § 76.

84) v. Wilmowski-Levy a. a. O. zu § 665 (alt) Anm. 1; Schultze a. a. O. S. 142 Anm. 2.

Mündel lautenden Schuldtitel; denn eine Rechtsnachfolge liegt nicht vor. Ist der Konkursverwalter aber Organ der Gläubigerschaft[85], und ist durch die Eröffnung des Konkurses ein Pfandrecht der Gläubigerschaft am Vermögen des Kridars begründet, so liegt eine Rechtsnachfolge vor, und die Vollstreckungsklausel ist den Bestimmungen des § 727 gemäß für und gegen den Konkursverwalter zu erteilen[86]. Zu demselben Resultat gelangt man, wenn man den Konkursverwalter weder als einen Vertreter des Kridars noch der Gläubigermasse ansieht, sondern als „ein im eigenen Namen handelndes, im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung der Zwecke des Konkurses, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetz entnimmt[87]".

Der Konkursverwalter ist hier Rechtsnachfolger des Kridars in Ansehung des der Pfändung unterliegenden Vermögens desselben[88] und infolgedessen kann die Umstellung der Vollstreckungsklausel für und gegen ihn nach den Vorschriften des § 727 erfolgen, soweit es sich um einen Anspruch handelt, welcher das der Pfändung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners betrifft.

§ 25.

In allen diesen Fällen aber, in denen die Vollstreckung für oder gegen andere als die im Schuldtitel

85) Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 133.

86) Seuffert a. a. O. zu § 727 Anm. 5 Gaupp a. a. O. zu § 727 Anm. III; Struckmann-Koch a. a. O. zu § 727 Anm. 2; Planck a. a. O. S. 660.

87) Falkmann a. a. O. S. 257. — RGE. 29 S. 36, 35, S, 31; 47 S. 373.

88) KO. § 1.

bezeichneten Personen betrieben werden soll, ist der einfache Weg der Erlangung der Vollstreckungsklausel auf Anordnung des Vorsitzenden nur zulässig, wenn die Rechtsnachfolge oder das Besitzverhältnis, an welche die Erteilung der Vollstreckungsklausel für oder gegen eine andere als die im Schuldtitel bezeichnete Person geknüpft ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird, es sei denn, daß die Tatsache bei dem Gericht offenkundig ist. Betreffs der öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden gilt dasselbe wie das oben bei den Erörterungen zu § 726 gesagte. Eine Besonderheit des § 727 ist es, daß es des Nachweises durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nicht bedarf, wenn die betr. Tatsache bei Gericht offenkundig ist. Dies ist gegebenenfalls in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen.[89] Streitig ist, ob auch die Urkunden, wenn der Nachweis durch solche geführt worden ist, in der Klausel erwähnt werden müssen. Es ist der Ansicht beizutreten, daß ihre Erwähnung nicht durchaus notwendig, aber wegen der Vorschrift des § 750 II wohl zweckmäßig ist. Daraus, daß die Vollstreckungsklausel nur in dem Falle, wenn die Rechtsnachfolge u. s. w. durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird, erteilt werden darf, und in dem einzigen Falle, wo dies nicht erforderlich ist, wenn nämlich die Rechtsnachfolge u. s. w. bei Gericht offenkundig ist, dies ausdrücklich in der Vollstreckungsklausel erwähnt werden muß, folgt, daß, wenn die Vollstreckungsklausel ohne weiteren Zusatz erteilt ist, die Rechtsnachfolge durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nach-

89) § 727 Abs. 2.

gewiesen ist. „Jedoch ist die Form der Vollstreckungsklausel im § 725 nur in ihren wesentlichen Teilen vorgeschrieben, in diesen Rahmen können alle für den einzelnen Fall erforderlichen Zusätze eingefügt werden, so auch die Bezeichnung der produzierten öffentlichen Urkunden.[90]

§ 26.

Es ist dann auf die dritte Gruppe der Fälle einzugehen, bei denen eine Erteilung der Vollstreckungsklausel nur auf Anordnung des Vorsitzenden erfolgen darf.[91]

Der § 733 Abs. 1 bestimmt: Eine weitere vollstreckbare Ausfertigung darf derselben Partei, sofern nicht die zuerst erteilte Ausfertigung zurückgegeben wird, nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden. Auch diese Bestimmung ist eine Schutzmaßregel für den Schuldner gegen die wiederholte Zwangsvollstreckung aus demselben Schuldtitel.[106] „Die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung kann durch den Verlust der früher erteilten, durch die Notwendigkeit der Zwangsvollstreckung in verschiedenen Bezirken gegen verschiedene Schulden und andere Umstände gerechtfertigt werden." (Mot. 406). Ebenso wie der § 730 findet auch der § 733 nicht nur auf Urteile, sondern gemäß § 795 auch auf die anderen im § 794 bezeichneten Schuldtitel Anwendung, wobei aber bezüglich der Vollstreckungsbefehle zu bemerken ist, daß von ihnen eine weitere vollstreckbare Ausfertigung nicht erteilt werden kann, weil von dem Vollstreckungs-

90) s. Mot.
91) s. ob. S. 61/62.
92) v. Wilmowski-Levy a. a. O. zu § 669 Anm. 1.
93) Cwiklinski in Gruchots Beitr. Bd. XXV S. 686.

befehl überhaupt keine Ausfertigung erteilt wird, sondern derselbe dem Gläubiger im Original ausgehändigt wird. Auch eine Wiederherstellung des Vollstreckungsbefehls auf Grund des Mahnregisters ist einerseits nicht zu bewerkstelligen, da für das Mahnverfahren förmliche Akten nicht angelegt werden. Das Mahnregister ergibt nur, für und gegen wen ein Zahlungsbefehl erlassen worden ist, enthält aber nicht die Angabe des Betrages des Zahlungsbefehls.[93] Die Spalte 3 des Registers gibt nur den Wert des Gegenstandes an, nach welchem die Kosten berechnet werden. Andererseits dürfte eine solche Wiederherstellung auf Grund des Mahnregisters auch garnicht zulässig sein, da dieselbe keine weitere Ausfertigung ist, sondern die Wiederherstellung des Schuldtitels selbst.[94] Gaupp a. a. O. § 733 Anm. 1; Struckmann-Koch, § 699 Anm. 8; Petersen-Anger, a. a. O. Anm. 1. A. M.: v. Wilmowski-Levy zu § 669 Anm. 1., welche den § 733 (669 alt) analog auf Vollstreckungsbefehle anwenden wollen. Im Gegensatze zu § 730 ist darauf hinzuweisen, daß der § 733 auch bei notariellen Urkunden Anwendung findet; und zwar ist bei Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung die Anordnung des Amtsrichters des Bezirks, in welchem der für die Erteilung der Vollstreckungsklausel gemäß § 797 Abs. 2 zuständige Notar oder die zuständige Behörde ihren Amtssitz hat, einzuholen[95].

94) Falkmann a. a. O. S. 131.
95) § 797 Abs. 3.

Kapitel IV.

§ 27.

Wird in den Fällen, in denen die Erteilung der Vollstreckungsklausel nach den §§ 730, 733 von der Anordnung des Vorsitzenden abhängig gemacht ist, dieselbe ohne diese Anordnung erteilt, so ist sie unwirksam, insbesondere ist eine Zwangsvollstreckung, welche auf Grund einer solchen Vollstrenungsklausel erfolgt, ungiltig, sie erzeugt für den pfändenden Gläubiger überhaupt kein Pfandrecht. Denn die Bestimmungen der §§ 730, 733 sind nicht bloß instruktionelle Vorschriften, sondern enthalten ein absolutes gesetzliches Gebot. Die Anordnung des Vorsitzenden ist in diesen Fällen Voraussetzung der Vollstreckungsklausel, und ohne eine solche kann eine giltige Vollstreckungsklausel, nicht zustande kommen. Im einzelnen bestimmt der § 730 ferner, daß der Schuldner vor der Entscheidung gehört werden kann. Dies kann schriftlich geschehen und hängt von dem Ermessen des Vorsitzenden ab. Erfolgt die Erteilung der Vollstreckungsklausel auf Anordnung des Vorsitzenden nach § 730, so ist die Anordnung in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen[96]. Ist dies unterlassen, so ist die Klausel mangelhaft und unwirksam, eine Zwangsvollstreckung darf auf Grund einer derartigen Vollstreckungsklausel nicht stattfinden[97]. (RGE. v. 12. März 1887, Bolze, Bd. IV Nr. 1514; v. 27. Juli 1891; Sächs. Arch. I S. 672.) Der § 733 enthält im 2. Absatz dieselbe Vorschrift wie § 730, daß der Schuldner vor der Ent-

96) § 730 Abs. 3.
97) Seuffert a. a. O. zu § 730 Anm. 2.

scheidung gehört werden kann. Es gilt dasselbe wie oben. Ist die Entscheidung, durch welche die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung angeordnet wird, nicht verkündet, so hat der Gerichtsschreiber den Gegner von der Erteilung in Kenntnis zu setzen[98]. Die weitere Ausfertigung ist ferner als solche unter der Erwähnung der Entscheidung ausdrücklich zu bezeichnen[99]. Eine besondere Vorschrift für diejenigen Fälle, in denen die Vollstreckungsklausel nach § 730 auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt wird, ist diejenige des § 750 Abs. 2, daß dieselbe dem Gegner vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung zugestellt sein oder gleichzeitig mit dem Beginne derselben zugestellt werden muß.

Kapitel V.

§ 28.

Zum Schluß ist zu untersuchen, welche Rechtsmittel einerseits dem Gläubiger zustehen, für den Fall, daß die Erteilung der Vollstreckungsklausel versagt wird, oder nicht ordnungsmäßig erfolgt, und andererseits dem Schuldner.

Versagt der Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel, oder erteilt er sie ohne die erforderliche Anweisung des Vorsitzenden, so ist gemäß § 576 die Entscheidung des Prozeßgerichts nachzusuchen, und zwar ist in diesem Falle nach § 577 Abs. 4 eine Notfrist von 14 Tagen innezuhalten. Will das Prozeßgericht dem Gesuch nicht ent-

98) § 733 Abs. 3.
99) § 733 Abs. 4.

sprechen, so hat es dasselbe dem Beschwerdegericht vorzulegen, und zwar ist diese Beschwerde an das Beschwerdegericht die sofortige[100] nach § 793, da es sich um eine Entscheidung im Zwangsvollstreckungsverfahren handelt, welche ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann. Eine andere Ansicht geht dahin, daß nicht die sofortige, sondern die einfache Beschwerde Platz greift, da die Erteilung der Vollstreckungsklausel noch nicht Teil der Zwangsvollstreckung sei, und infolgedessen der § 793 keine Anwendung finden könne; die Erteilung der Vollstreckungsklausel diene vielmehr nur zur Vorbereitung der Zwangsvollstreckung. Hiergegen ist einzuwenden, daß die Vollstreckungsklausel zwar die einzelnen Vollstreckungshandlungen vorbereitet,[101] nicht aber das Vollstreckungsverfahren. Letzteres „beginnt vielmehr mit dem an das Prozeßgericht gerichteten Antrage des Siegers auf Erteilung einer vollstreckbaren, d. h. mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urteiles oder sonstigen Schuldtitels".[102]

Auch der Grund, welchen Gaupp-Stein gegen die hier vertretene Auffassung anführen: daß, wenn man den § 793 für anwendbar halten wolle, man auch dem Schuldner gegen die erteilte Vollstreckungsklausel die sofortige Beschwerde gewähren müßte, ist nicht stichhaltig, da für den Schuldner die allgemeine Vorschrift des

---

100) Struckmann-Koch a. a. O. zu § 730 Anm. 3; Seuffert a. a. O. zu § 730 Anm. 1; v. Wilmowski-Levy 666 Anm. 1 u. 662 Anm. 3; Falkmann a. a. O. S. 134; Planck a. a. O. II S. 673.

101) Falkmann a. a. O. S. 134 Nr. 1.

102) Planck a. a. O. II S. 671.

§ 793 durch die besonderen der §§ 732, 768 abgeändert ist.

Dieselben Bestimmungen greifen auch in den Fällen Platz, in denen die Vollstreckungsklausel nur auf Anordnung des Vorsitzenden zu erteilen ist, denn es handelt sich nicht um eine Entscheidung des Vorsitzenden, welche angefochten wird, sondern lediglich um eine Entscheidung des Gerichtsschreibers. Die Anordnung des Vorsitzenden ist, wie bereits oben ausgeführt, nur ein Internum des Gerichts. Der Gerichtsschreiber bleibt derjenige, der die Vollstreckungsklausel erteilt und infolge dessen richtet sich auch die Anfechtung seiner Entscheidung allein gegen ihn und nicht gegen den Vorsitzenden.

Gemäß §§ 576 und 577 Abs. 4 ist die Einreichung des Gesuchs um die Entscheidung des Prozeßgerichts an eine Notfrist von 2 Wochen geknüpft. Sollten jedoch die Voraussetzungen der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage vorliegen, so kann gemäß § 577 Abs. 2 auch nach Ablauf der Notfrist innerhalb der für diese Klagen geltenden Notfristen die Beschwerde eingelegt werden. Diese Bestimmung war notwendig, da die Nichtigkeits- wie die Restitutionsklage selbst nur in dem Falle zulässig ist, daß ein durch rechtskräftiges Urteil beendetes Verfahren wieder aufgenommen werden soll, während es sich im vorliegenden Fall nur um die Entscheidung des Gerichtsschreibers handelt. Zuständig für die Entscheidung über die Anfechtung der Entscheidung des Gerichtsschreibers ist dasjenige Gericht, dem der Gerichtsschreiber angehört bezw. das diesem Gericht im Instanzenzuge vorgeordnete Gericht. Und zwar greifen diese Bestimmungen nicht allein dann Platz, wenn es sich um die Erteilung der

Vollstreckungsklausel bei zivilrechtlichen Schuldtiteln handelt, sondern auch dann, wenn konkursrechtliche, strafrechtliche oder sonstige der Vollstreckungsklausel bedürfende Schuldtitel in Frage kommen.[103]

§ 29.

Neben dem Antrag auf die Entscheidung des Prozeßgerichts steht dem Gläubiger das Recht zu, in den durch § 731 bestimmten Fällen Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zu erheben. Und zwar ist diese Klage an die im § 731 festgesetzten Voraussetzungen gebunden und kann in anderen als diesen Fällen nicht gewährt werden, während das Recht auf die Entscheidung des Prozeßgerichts anzutragen und auf diese Weise den Beschwerdeweg zu beschreiten, keiner besonderen Beschränkung unterliegt. Die im § 731 bestimmte Voraussetzung ist, daß der nach § 726 Abs. 1 und den §§ 727 bis 729 erforderliche Nachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nicht geführt werden kann, während im übrigen die Voraussetzungen der betreffenden Paragraphen vorliegen.

In diesem Falle steht dem Gläubiger das Recht der Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel unabhängig davon zu, ob ihm die Möglichkeit gegeben ist, auf Grund öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden auf dem Beschwerdewege zu seinem Ziel zu gelangen.[104]

Zuständig für die Erhebung der Klage ist das Prozeßgericht erster Instanz, und zwar ist diese Zu-

103) Falkmann S. 134.
104) FW. 1895 S. 520,12. Seuff. 52 S. 369.

ständigkeit gemäß § 802 eine ausschließliche. Streitig kann sein, ob die Klage bei derselben Abteilung des zuständigen Gerichts erhoben werden muß, ob z. B. wenn in der Hauptsache eine Kammer für Handelssachen entschieden hat, auch die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel bei dieser anzubringen ist. Der Verfasser schließt sich in diesem Punkte der Ansicht des RGs. an, welche von diesem in mehreren Entscheidungen (Band 45 S. 343, Band 47 S. 378) vertreten wird, daß die Klage nicht bei derselben Abteilung des an sich zuständigen Gerichts erhoben werden muß. Das RG. begründet seine Ansicht damit, daß es Sache der inneren Ordnung der Gerichts und der Geschäftsverteilung bei demselben ist, die Kammer zu bestimmen, an welcher der einzelne Rechtsstreit zu verhandeln ist. Durch diese Anordnung kann aber nicht über die Zuständigkeit des Gerichts entschieden werden, andernfalls würde der Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts eine Ausdehnung gegeben werden, welche ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen nicht als vom Gesetzgeber gewollt angesehen werden kann. In den genannten zit. Entscheidungen führt das RG. aus, daß unter dem zuständigen Gericht das Gericht als solches zu verstehen ist, die einzelnen Abteilungen bilden dessen organische Gliederung zur Verwirklichung seiner Aufgaben, und die einzelne Abteilung stellt das Gericht selbst und als solches dar.

Durch die Verteilung der Geschäfte wird die dem Gericht anhaftende Zuständigkeit nicht berührt. A. M. Falkmann, S. 137 mit der Begründung, daß der Prozeß auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Fortsetzung des Rechtsstreites in der Hauptsache ist.

Besondere Vorschriften sind in den §§ 796, Abs. 3 und 797, Abs. 5 für Vollstreckungsbefehle und exekutorische Urkunden gegeben, da bei ihnen von einem Prozeßgericht nicht gesprochen werden kann, und es sich auch verbietet, das Gericht, welches den Vollstreckungsbefehl erlassen hat oder die vollstreckbare Urkunde aufgenommen hat, dem Prozeßgericht gleichzustellen, da es sich in beiden Fällen um Schuldtitel handelt, welche auf Grund eines Verfahrens zustande gekommen sind, welches ohne Rücksicht auf die Höhe des Wertes dem Amtsgerichte zugewiesen ist. So bestimmt § 796 Abs. 3, daß das Gericht, welches den Vollstreckungsbefehl erlassen hat, nur dann für die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zuständig ist, wenn der Anspruch nach den Vorschriften für die sachliche Zuständigkeit vor die Amtsgerichte gehört, während in dem andern Falle die Klage bei dem Landgericht zu erheben ist, und ebenso § 797 Abs. 5, daß die Klage bei demjenigen Gericht zu erheben ist, wo der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, wobei die allgemeinen Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit ebenfalls Platz greifen.

Keine besonderen Vorschriften sind getroffen, wenn es sich um einen Vergleich handelt, welcher im amtsgerichtlichen Sühneverfahren abgeschlossen ist und eine Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel notwendig wird. Nach dem Gesagten werden aber auch hier die allgemeinen Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit Platz greifen müssen.[105] Passiv legitimiert für die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel ist derjenige, gegen den die Zwangsvollstreckung betrieben werden soll. Soll

105) Falkmann S. 137 ff.

die Vollstreckung gegen mehrere betrieben werden, so sind diese notwendige Streitgenossen im Sinne des § 62.[106] Vollkommen ausgeschlossen ist, daß die Klage gegen den Gerichtsschreiber oder Notar gerichtet wird, der die Klausel verweigert hat, ein Verfahren, wie es das französische Recht im Code de proc. Art. 839 kennt.[107]

§ 30.

Bestritten ist die Frage, welchen Inhalt die Klage aus § 731 hat Das Gesetz sagt nur, die Klage ist zu erheben auf Erteilung der Vollstreckungsklausel. Es handelt sich darum, ob lediglich die formellen Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel zu prüfen seien, unabhängig von dem materiellen Anspruch des Gläubigers, so daß also auch ein Vollstreckungsurteil zu erlassen wäre, selbst wenn in dem Prozeß dargetan würde, daß dem Gläubiger ein materieller Anspruch nicht mehr zusteht, oder ob sich die Prüfung auch auf diesen materiellen Anspruch zu erstrecken hat und die Klage abzuweisen ist, wenn zwar formell die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit vorliegen, der materielle Anspruch aber bereits getilgt ist. Es ist nicht zu leugnen, daß es der Natur der Vollstreckungsklausel als der formellen Beurkundung der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung ohne Rücksicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen des materiellen Anspruchs am ehesten entsprechen würde, auch in diesem Fall, wenn die Klausel nicht ohne weiteres durch den Gerichtsschreiber, gleichgiltig ob selb-

106) RG. Bd. 28 S. 399.
107) Falkmann S. 139.

ständig oder auf Anordnung des Vorsitzenden, sondern erst nach voraufgegangener Klage erteilt werden soll, die Prüfung lediglich auf die formellen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung zu beschränken. Andererseits ist es widersinnig, durch ein Urteil die Vollstreckbarkeit eines Anspruches auszusprechen, der nicht oder wenigstens nicht in der Person des Klägers besteht. Es wäre allerdings, wie Falkmann sagt, ein überaus formalistisches Rechtsmittel, dem Gläubiger lediglich auf Grund der formellen Voraussetzungen die Vollstreckbarkeit zu gewähren und den Schuldner dadurch zur Erhebung eines neuen Prozesses durch die Zwangsvollstreckungsgegenklage zu nötigen. Die Frage ist außerordentlich wichtig dafür, welche Einreden gegen die Klage zulässig seien. Während die erste Ansicht von Kohler, C. A. 72 S. 32 ff., Hellmann § 667 Lehrb. S. 827 ff., Rintelen Z. f. C. P. 9 S. 205 vertreten wird, hat sich die Praxis mehr auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt. RG. Bd. 34 S. 347. J. W. Jahrg. 1890 S. 285[30]. Seuff. Arch. Bd. 47 S. 368, Kiel, Band 52 S. 369. Hamburg, ebenso die Kommentare. Das Reichsgericht führt in der zit. Entscheidung aus, daß die Frage, welche Einreden gegen die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zulässig seien, sich nicht nach den Vorschriften des § 767 entscheiden läßt, sondern nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurteilt werden muß. Der Anspruch auf Erlangung einer vollstreckbaren Anfertigung sei aber ohne Zweifel nicht blos dann ungerechtfertigt, wenn die formellen Voraussetzungen für deren Erteilung nicht vorliegen, sondern auch dann, wenn die durch den Schuldtitel festgestellte Schuld nachträglich

durch Zahlung oder in anderer Weise aufgehoben ist und deshalb seien in dem Rechtsstreit auf Erteilung der Vollstreckungsklausel überhaupt alle Einwände zulässig, welche sich gegen den klägerischen Antrag richten, ob sie auf formellen oder materiellen Gründen beruhen und soweit sie nicht durch die Rechtskraft des Urteils abgeschnitten werden. Dieser Auffassung wird im Anschluß an die von dem Reichsgericht angeführten Gründe beigetreten.

In engem Zusammenhang hiermit steht die wichtige Frage, welche ebenfalls nicht unbestritten ist, ob der Schuldner, wenn er berechtigt ist, Einwendungen materieller Art gegen den Anspruch des Gläubigers in dem Prozeß vorzubringen, hierzu auch gemäß § 767 Abs. 2 verpflichtet ist, widrigenfalls er derselben verlustig geht und sie auf dem Wege der Zwangsvollstreckungsgegenklage nicht mehr geltend machen kann, insoweit er sie in dem Prozeß auf Erteilung der Vollstreckungsklausel hätte geltend machen können. § 767 bestimmt, daß der Schuldner Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, im Wege der Klage geltend zu machen hat und daß er mit diesen Einwendungen ausgeschlossen ist, soweit er sie durch Rechtsmittel oder den Einspruch hätte geltend machen können. Das Gesetz spricht hierbei von dem durch das Urteil festgestellten Anspruch. Der Anspruch selbst wird aber bereits in dem Hauptprozeß auf die Klage aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis festgestellt, es werden also durch § 767 nur diejenigen Einwendungen abgeschnitten, welche durch Rechtsmittel oder den Einspruch gegen das im Hauptprozeß ergehende Urteil

hätten geltend gemacht werden können und nicht geltend gemacht worden sind. In dem Prozeß auf Erteilung der Vollstreckungsklausel ist der Anspruch selbst bereits festgestellt, es soll nun noch die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen dieses Anspruchs durch Urteil ausgesprochen werden. Die Berechtigung des Schuldners gegen den Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckungsgegenklage Einwendungen geltend zu machen, wird durch den Prozeß über die Erteilung der Vollstreckungsklausel in keiner Weise berührt. Damit steht auch nicht im Widerspruche, daß es dem Schuldner nach der hier vertretenen Ansicht gestattet ist, Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, auch in dem Prozeß auf Erteilung der Vollstreckungsklausel geltend zu machen[108].

Für den Fall, daß der Notar die Erteilung der Vollstreckungsklausel verweigert, ist reichsgesetzlich eine Anfechtung seiner Entscheidung nicht normirt. Es ist daher anzunehmen, daß die Landesgesetze Platz greifen, und das preußische Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat sich in der Tat diese Kraft vindiciert, indem es im Artikel 51 eine Zivilkammer des Landgerichts, in dessen Bezirke der Notar seinen Amtssitz hat, für den Antrag der Beteiligten als zuständig erklärt.

§ 31.

Was die Rechtsbehelfe des Schuldners anbelangt für den Fall, daß die Vollstreckungsklausel erteilt ist, so

108) RG. Bd 11 S 434. v Wilm.-Levy § 667 Nr. 1. Gaupp 731 III. Seuffert § 686 Nr. 4. Planck § 173 Nr. 32. Falkmann S. 141. A. M. Sarvey § 667. Meyer-Gruch. 33 S. 327.

kommen für vorliegende Untersuchung nur diejenigen Einwendungen in Betracht, welche sich gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel selbst richten. Unberührt sollen diejenigen bleiben, welche sich gegen den Anspruch des Gläubigers, den Schuldtitel und die Art und Weise der Zwangsvollstreckung wenden.

Die ZPO. behandelt die Einwendungen des Schuldners gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel in den §§ 732, 768.

Was zunächst den § 732 anbetrifft, so bestimmt derselbe, daß über Einwendungen des Schuldners, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, das Gericht entscheidet, von dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel erteilt ist. Durch diese Vorschrift wird dem Schuldner ganz allgemein die Befugnis gegeben die Entscheidung des Gerichts anzurufen, wenn er hinsichtlich der Erteilung der Vollstreckungsklausel Einwendungen gegen die Entscheidung des Gerichtsschreibers erheben will. Auch hier ist wieder daran festgehalten, daß es keinen Unterschied macht, ob der Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel selbständig oder nach voraufgegangener Anordnung des Vorsitzenden oder auf die Beschwerde des Gläubigers hin erteilt hat. Immer ist das Gericht, dessen Gerichtsschreiber die Klausel erteilt hat, anzugehen, selbst wenn es dadurch in die Lage kommen sollte, über die Anordnung seines Vorsitzenden zu entscheiden oder sich mit derselben Sache, wenn die Klausel vorher auf Beschwerde des Gläubigers erteilt ist, noch einmal zu befassen. Diese Einwendungen des Schuldners gemäß § 732 sind ein besonderer Rechtsbehelf nach Art der Beschwerde, sie

unterscheiden sich von der Beschwerde einmal dadurch, daß sie nicht, wie diese, an das höhere Gericht gehen und dann auch dadurch, daß sie im Gegensatz zur sofortigen Beschwerde, welche sonst gemäß § 793 im Zwangsvollstreckungsverfahren Platz greift, an keine Frist gebunden sind. Gegen die Entscheidung auf die Einwendungen gemäß § 732 steht beiden Parteien gemäß § 793 die sofortige Beschwerde zu. Da dem Schuldner im § 732 ausdrücklich der Rechtsbehelf der Einwendungen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegeben ist, kann ihm das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde aus § 793 neben den Einwendungen nicht mehr zugestanden werden. Die ZPO. hat vielmehr die Rechtsbehelfe des Schuldners gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel in den §§ 732, 768 erschöpfend regeln wollen. A. M. Gaupp, welcher neben den Einwendungen die Beschwerde zuläßt und zwar die einfache aus den oben Seite 75 angeführten Gründen.

Die Entscheidung des Gerichts auf die Einwendungen des Schuldners kann entweder dahin gehen, daß die Vollstreckungsklausel aufrecht zu erhalten sei, oder aber, wenn die Einwendungen für begründet erachtet werden, daß die Zwangsvollstreckung unter Aufhebung der Vollstreckungsklausel für unzulässig erklärt wird oder, falls sie bereits begonnen hat, deren Einstellung angeordnet wird. Falkmann S. 146 hält es nicht für erforderlich, daß die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung ausdrücklich ausgesprochen wird, es genüge bereits, wenn die Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel ausgesprochen sei. Mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 775 Nr. 1 und 2, wo es ausdrücklich heißt, daß die Zwangs-

vollstreckung einzustellen oder zu beschränken sei, wenn die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet ist, wird es sich empfehlen, in der Entscheidung die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung selbst und nicht die der Vollstreckungsklausel auszusprechen, wenn sich auch aus einer Entscheidung, in welcher die Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel ausgesprochen wird, ergeben würde, daß die Zwangsvollstreckung selbst unzulässig sei und auch auf ein solches Erkenntnis hin die Zwangsvollstreckung gemäß § 775 einzustellen wäre.

In allen Fällen ist Voraussetzung für die Einwendungen des Schuldners, daß die Vollstreckungsklausel dem Gläubiger bereits erteilt ist. Vor der Erteilung der Klausel stehen ihm Einwendungen gegen dieselbe nicht zu. Dies ergibt sich nicht allein aus dem Wortlaut des § 732, sondern auch, wie A. Levy Gruch. 46 Seite 331 nachweist, aus der rechtlichen Natur der Einwendungen als einer Art Beschwerde und der Entstehungsgeschichte des § 732; ebenso Gaupp 732, Anm. 1.

§ 32.

Neben den Einwendungen aus § 732 steht dem Schuldner das Recht zu, seine Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel im Wege der Klage geltend zu machen, wenn die Voraussetzung des § 768 vorliegt, d. h. wenn der Schuldner in den Fällen der §§ 726 Abs. 1, 727—729, 738, 742, 744, 745 Abs. 2, 749 den bei Erteilung der Vollstreckungsklausel als

bewiesen angenommenen Eintritt der Voraussetzung für die Erteilung der Vollstreckungsklausel bestreitet. Aus dieser strikten Vorschrift des § 768 ergibt sich, daß andere als die in dem Paragraphen bezeichneten Einwendungen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht im Wege der Klage geltend gemacht werden können. Der Umstand, daß dem Schuldner der Klage des Gläubigers auf Erteilung der Vollstreckungsklausel gegenüber Einreden zu gestatten sind, welche sich gegen das Bestehen des Anspruchs selbst richten, kann nicht dazu führen, ihm andererseits auch zu gestatten, diese Einreden klageweise gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel geltend zu machen. Er ist in diesem Falle auf die Zwangsvollstreckungsgegenklage aus § 767 angewiesen, soweit dieselbe nicht durch die Rechtskraft des ursprünglichen Schuldtitels ausgeschlossen ist. Die Klage ist beim Prozeßgericht erster Instanz zu erheben.

Während also bei den Einwendungen aus § 732 eventuell ein Gericht höherer Instanz in Frage kommen kann, wenn dessen Gerichtsschreiber gemäß § 724 die Vollstreckungsklausel erteilt hat, ist für die Klage aus § 768 ausschließlich das Prozeßgericht erster Instanz (§ 802) zuständig. In dieser Klage muß der Schuldner alle Einwendungen geltend machen, welche er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen imstande war, widrigenfalls er derselben verlustig geht. Die Klage ist, wie die Einwendungen aus § 732, an eine Frist nicht gebunden. Ebensowenig wie es für die Klage des Gläubigers aus § 731 auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Bedingung ist, daß er zuerst den Beschwerdeweg einzuschlagen hat, ist es für die Klage aus § 768

Bedingung, daß der Schuldner versucht hat, auf dem Wege der Einwendungen die Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckungsklausel zu erreichen. Keinen Unterschied macht es ferner, ob die Vollstreckungsklausel von dem Gerichtsschreiber selbständig, auf Anordnung des Vorsitzenden oder auf vorhergehende Beschwerde des Gläubigers erteilt ist. Ist die Erteilung der Klausel dagegen auf die Klage des Gläubigers durch Urteil ausgesprochen worden, so steht dieses der Klage des Schuldners entgegen.[109]

Eine besondere Pflicht des Gläubigers zum Schadensersatz für den Fall, daß auf die Einwendungen oder die Klage des Schuldners die Vollstreckungsklausel wieder aufgehoben und die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird, konstituiert die ZPO. nicht, wie sie es in dem ähnlichen Falle getan hat, daß ein für vorläufig vollstreckbares Urteil aufgehoben oder abgeändert wird. Es greifen also hier die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes Platz.

Kontrovers ist, ob im Falle des § 733, wenn eine weitere vollstreckbare Ausfertigung derselben Partei erteilt werden soll, dem Schuldner, wenn er gegen diese Erteilung Einwendungen erheben will, er dies auf dem Wege des § 732 zu tun hat, oder aber ob ihm die sofortige Beschwerde gemäß § 793 zusteht. Es ist nicht zu ersehen, warum das Gesetz in diesem einen Fall dem Schuldner ein anderes Rechtsmittel geben sollte, als in den anderen Fällen. Auch im Falle des § 733 wird die Vollstreckungsklausel durch den Gerichtsschreiber erteilt.

---

109) Gaupp. 768. David Z. f. ZP. XX S. 426.

Wenn der Schuldner sich durch dessen Entscheidung beschwert fühlt, so liegt es am nächsten, daß er sich zunächst an das Gericht, dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel erteilt hat, wendet, und nicht mit der sofortigen Beschwerde das höhere Gericht angeht. Daß es keinen Unterschied macht, ob der Gerichtsschreiber die Klausel selbständig, oder, wie im Falle des § 733, auf vorhergegangene Anordnung des Vorsitzenden erteilt, ist des öfteren bereits erwähnt. In den Fällen des § 726 Abs. 1, 727—729 kommt das Gericht ebenso in die Lage, über die Anordnung seines Vorsitzenden auf Antrag des Gläubigers oder Einwendungen des Schuldners eine Entscheidung zu treffen. Auch daraus, daß der § 733 hinter dem § 732 steht, kann nicht gefolgert werden, daß letzterer auf die Fälle des § 733 keine Anwendung zu finden habe.

Eine weitere vollstreckbare Ausfertigung wird erteilt, indem eine Ausfertigung mit der Vollstreckungsklausel versehen wird; erhebt der Schuldner gegen diese Einwendungen, so erhebt er eben Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel und in einem solchen Falle hat nach dem klaren Wortlaut des § 732 das Gericht zu entscheiden, dem der Gerichtsschreiber, welcher die Klausel erteilt hat, angehört.[110]

110) Wilm.-Ltvy 669 Abs. 1. Gaupp 733. A. M. Falkmann S. 149. David Z. f. Z. P. XX S. 428.